

ANALYSE AV PASIENTSKADELOVENS § 2 (1)
BOKSTAV A
– med fokus på sviktbegrepet



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 702
Leveringsfrist: 25. november 2010

Til sammen 17 812 ord
18.11.2010

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Avhandlingens tema	1
1.2	Kort om pasientskadeerstatning generelt. Bevisbyrde.....	2
1.3	Forholdet til trygden og forsikring. Utmålingen av erstatningen.	4
1.4	Rettskilder.....	7
1.5	Avhandlingens oppbygning	7
2	Kort om alminnelig erstatningsrett i pasientskadesaker	8
2.1	Den reelle bruken av alminnelige erstatningsregler i pasientskadesaker	8
2.2	Bakgrunnen for den generelle erstatningsretten	9
2.3	De generelle vilkår for erstatning	10
3	Utviklingen mot særregler for pasientskadeerstatning	15
3.1	Historisk utvikling	15
3.2	Justisdepartementets legislative hensyn. For/mot et objektivisert ansvar.	16
4	Pasientskaderettens ansvarsgrunnlag	19
5	Sviktbegrepet i pasientskadelovens § 2 (1) bokstav a.....	20
5.1	Sviktbegrepets innhold	20
5.2	Anvendelse av sviktbegrepet i praksis.....	28
5.3	Problemer rundt bruken av sakkyndige ved vurderingen av om svikt ved ytelsen av helsehjelp foreligger	46
6	Avsluttende bemerkninger	51
6.1	Konklusjon.....	51
6.2	Veien videre.....	54
7	Referanser.....	55

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Avhandlingen omhandler rettsområdet for pasientskadeerstatning. Antall pasientskadesaker meldt inn til Norsk Pasientskadeerstatning¹ var på 2277 første halvår 2010. Dette er mange saker, og behovet for gode og klare regler er sterkt til stede.

Erstatning for pasientskade kan man ha rett på dersom man blir påført en skade innen helsevesenet, og gitte vilkår er oppfylt. Et av disse vilkårene er at det må foreligge et ansvarsgrunnlag.

Lov om pasientskade av 15. juni 2001² trådte i kraft 1. januar 2003. Lovens § 2 (1) bokstav a er et av pasientskadelovens spesielle ansvarsgrunnlag, og uttrykker et ansvarsgrunnlag dersom det foreligger ”svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes”. I denne avhandlingen vil dette ansvarsgrunnlaget ble analysert. Hovedvekten vil ligge på forståelsen av paragrafens sviktbegrep.

Dette temaet er valgt fordi det er uavklart hvor langt sviktbegrepet rekker. Passkl. § 2 (1) bokstav a er regnet for å være hovedregelen når man skal anføre ansvarsgrunnlag i pasientskaderetten. Men hvordan skal paragrafens sviktvurdering forstås? Hva er innholdet, og hvor ligger terskelen for ansvar? Hvilke momenter er viktig i en sviktvurdering? Disse spørsmål skal jeg forsøke å finne klare svar på.

Alle saker vedrørende forståelsen av sviktbegrepet blir stoppet av Høyesteretts ankeutvalg.³ Dersom man ser på alle pasientskadesakene mellom 2004 og 2009, finner man at høyesteretts ankeutvalg generelt er svært restriktive i antall pasientskadesaker de slipper igjennom. Høyesterett har ikke behandlet en eneste sak som gjelder den nye pasientskadelovens ansvarsgrunnlag. Begrunnelsen er i følge ankeutvalget at:

¹ Norsk pasientskadeerstatning vil heretter bli kalt NPE. Om NPE, se punkt 1.2.

² Heretter i avhandlingen kalt pasientskadeloven eller vel lovens forkortelse passkl.

³ Jeg har ikke funnet noen Høyesterettsdom vedrørende sviktbegrepet.

”verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold tilsier at saken blir fremmet for Høyesterett, jf. tvisteloven § 30-4.”⁴

Konsekvensen blir at man får lagmannsrettsdommer som avviker fra den praksis pasientskadenemnda⁵ fører.⁶

NPE og nemnda har i disse sakene vært mer restriktive med å gi medhold til den som mener seg erstatningsberettiget enn lagmannsretten. Dette strider mot likebehandlingsprinsippet, og vil gjøre forutberegneligheten svært liten.

Jeg vil i denne avhandlingen gjennomgå rettskilden for å finne en klar forståelse av sviktbegrepet i passkl. § 2 (1) bokstav a.

1.2 Kort om pasientskadeerstatning generelt. Bevisbyrde.

Pasientskadeerstatning er et rettsområde som søker å styrke pasienters vern ved skader etter diagnostisering eller behandling av sykdom eller skader.

Pasientskadeloven § 1 beskriver grunnvilkåret for erstatning. Grunnvilkåret er at det må være en pasientskade. Selve *skade* begrepet dekker både psykisk og fysisk skade.

Skaden må videre være voldt i en av de sammenhengene § 1 (1) beskriver. Det innebærer at skaden må ha skjedd i institusjon under spesialhelsetjenesten eller kommunehelsetjenesten, under ambulansetransport, eller av helsepersonell som yter helsehjelp i henhold til offentlig autorisasjon med videre.

I tillegg må den skadefølgende handlingen i følge pasientskadeloven § 1 (2) være gjort i sammenheng med veiledning, undersøkelse, diagnostisering, behandling, ekspedisjon av legemidler fra apotek, pleie, vaksinasjon, prøvetaking, analyse av prøver, røntgen,

⁴ Jf. for eksempel HR-2009-698-U. Se også Felix Lous, Tidsskrift for Erstatningsrett 2009-4, hvor Lous omtaler problematikken rundt blant annet forståelsen av sviktbegrepet.

⁵ Heretter i avhandlingen kalt nemnda.

⁶ For eksempel LB-2008-102426 og LE-2009-191990. Det er redegjort for disse dommene under punkt 5.2 s. 39 følgende.

forebygging av helseskader, medisinsk forsøksvirksomhet samt donasjon av organer, blod og vev.

Tvangsinnleggelse anses ikke for å være pasientskade etter loven, da tvangsinnleggelsen i seg selv ikke er behandling. Det er det som skjer først etter at pasienten er tvangsinnlagt som kan regnes som behandling. Dette bekrefter også departementet i sine forarbeider.⁷ Imidlertid setter departementet et unntak ved de situasjoner hvor tvangsinnleggelsen skyldes feildiagnostisering. Dette standpunktet er diskutert i teorien. Ørnulf Rasmussen mener det er upraktisk å benytte pasientskadeloven enten det gjelder tvangsinnleggelse på grunn av feil diagnose eller det gjelder tvangsinnleggelse av andre grunner.⁸ For å få igjennom en tvangsinnleggelse må uansett vilkårene etter Lov om psykisk helsevern av 2. juli 1999 nr 62 kapittel 3 være oppfylt, hvilket vil sikre at ingen i teorien skal tvangsinnlegges uten grunn.

I dag vil de aller fleste pasientskadetilfeller reguleres igjennom pasientskadeloven. For å administrere og behandle erstatningskravene etter pasientskadeloven er det opprettet et eget organ, Norsk Pasientskadeerstatning. NPE er et forvaltningsorgan underlagt helse og omsorgsdepartementet. De har ansvaret for å vurdere om vilkårene for erstatning er tilstede. I tillegg er det de som beregner erstatningen.

Får man avslag på sitt erstatningskrav hos NPE kan man klage til Pasientskadenemnda. Hvis nemnda gir klageren medhold, sendes saken tilbake til NPE for utmåling. Dersom pasienten får avslag også hos nemnda, kan han klage saken inn for de ordinære domstoler.

Bevisbyrden for at vilkårene for erstatning er oppfylt ligger, som ellers i erstatningsretten, som hovedregel på skadelidte. Dette betyr at skadelidte har ansvar for å komme med sitt krav, slik at saken kommer i gang. Deretter vil det faktum som synes mest sannsynlig bli lagt til grunn. Dersom man er usikker på hvilket faktum som er mest sannsynlig, vil dette ikke gå i skadelidtes favør. Altså vil man kunne si at skadelidte har bevisbyrden.

Imidlertid har det i praksis utviklet seg en omvendt bevisbyrde for det tilfellet at journalføring er så ufullstendig at det ikke er mulig å vite hva som faktisk har skjedd. Journalføring er viktig, og rettspraksis har avgjort at tvilen skal gå i favør pasienten, dersom journalføringen er

⁷ Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 90

⁸ Ørnulf Rasmussens kommentarer til pasientskadelovens § 1, note 1.

for dårlig. Her vil en eventuell tvil komme skadelidte til gode.⁹ Denne praksis er videreført også etter pasientskadeloves ikrafttredelse.

Her kan også nevnes passkl. § 3 (1). Denne rettsregelen sier at dersom det er sannsynlig at pasientens skader skyldes ytre påvirkning under en behandling, men årsaken ikke kan bringes på det rene, skal man likevel anta at skaden skyldes feil eller svikt i ytelsen av helsehjelp. Man har her en lovfestet omvendt bevisbyrde.

1.3 Forholdet til trygden og forsikring. Utmålingen av erstatningen.

Utgangspunktet når noen skader seg og får en personskade er at Folketrygden er den primære kompensasjonskilden. Retten til kompensasjon etter Folketrygden fremgår av Lov om folketrygd av 28.02.97 nr 19.¹⁰ Folketrygden gir hjelp til alle som har en personskade og oppfyller vilkårene, ikke bare de som har en pasientskade. Folketrygden er en sosialforsikring, hvor alle betaler en sum til folketrygden igjennom skatter og avgifter, slik at de som har behov for hjelp skal få det.

Ved siden av denne sosialforsikringen som folketrygden organiserer, kan man ha private forsikringer, enten pålagte eller selvvalgte. I tillegg finnes det andre offentlige erstatningsorganer som Norsk Pasientskadeerstatning eller Voldsoffererstatningen.¹¹

Disse ordningene fører til at noen vil bli bedre stilt enn andre, selv om de har samme skade. Imidlertid er det forskjell på *hvordan* skaden har oppstått. En skade oppstått på grunn av et fall i badekar, vil gjøre skadelidte berettiget til mindre erstatning enn skadelidte med samme skade påført i en bilulykke.

Det kan diskuteres om det er riktig at en gruppe på denne måten skal få bedre betingelser enn andre. I USA kaller man dette for ”the bathtub argument”. Hvorfor skal ikke de som skades i badekaret få like god økonomisk kompensasjon som de som har en skadevolder og får samme skaden ved en bilulykke eller som en pasientskade? Spesielt gjelder dette spørsmålet der hvor

⁹ Rt. 1989.674 med populærnavnet ”Struma-dommen”. Under en strumaoperasjon ble stemmebåndene på begge sider skadet. Mangelfull journalføring førte til at tvilen kom skadelidte til gode.

¹⁰ Heretter beskrevet som folketrygdeloven, eller ved lovens forkortelse ftrl.

¹¹ Lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. (voldsoffererstatningsloven) av 20. april 2001 nr 13.

de offentlige ordningene står ansvarlige. Her er det samfunnets fellsressurser som blir brukt til å betale erstatningene. Et godt argument for at en løsning som skaper slike forskjeller likevel er riktig, er rettferdighetsfølelsen. Dersom noen skader deg, føles det rett at du skal få noe tilbake. I tillegg er det umulig for samfunnet å gi en slik erstatningsmulighet for alle grupper skadelidte. Utvalgte risikogrupper blir da valgt. For eksempel er det lovpålagt å ha ansvarsforsikring dersom man har bil. På denne måten er skadelidte sikret en erstatning dersom man kommer ut for en bilulykke med påfølgende skade. På samme måte er helseinstitusjonene pliktige til å betale en viss sum til NPE, slik at det oppstår en ”pool” man kan utbetale erstatninger fra når pasienter oppfyller vilkårene for erstatning.

Erstatning som kompensasjon er sekundært for trygdens kompensasjonssystem. Det skadelidte får utbetalt av trygden går til fradrag i erstatningssummen. Det er kun det trygden ikke dekker, som skal erstattes av skadevolder eller skadevolders forsikringsselskap/de offentlige ordningene.¹² Der det i tillegg er slik at skadelidte har en privat forsikring, vil i utgangspunktet ikke disse forsikringsutbetalingene ha noen betydning for erstatningssummen. Det kan for eksempel være tale om en ulykkesforsikring på skadelidtes hånd.

I utgangspunktet er det bare økonomisk tap som kompenseres igjennom erstatninger, og erstatningen skal utmålet etter skadeerstatningsloven, og vanlige erstatningsrettslige regler.¹³ Imidlertid erstattes ikke tap under 5000 kroner etter pasientskadeloven. Oppreisning etter skl. § 3-5 er også utelatt fra pasientskadeloven.¹⁴ Dersom man vil søke oppreisning mot skadevolder, må man gå veien om ordinære erstatningsregler, og saksøke legen eller helsearbeideren direkte og ved ordinære domstoler.

Erstatning for tort og svie er heller ikke aktuelt, da dette ikke er et økonomisk tap, noe som i utgangspunktet er et krav etter alminnelig erstatningsrett.

Selv om man ikke kan søke oppreisning og erstatning for tort og svie, kan man søke å få menerstatning, selv om dette ikke innebærer et økonomisk tap. Menerstatning er ment som en

¹² Lov om skadeerstatning av 13. juni 1969. Nr 26 § 3-1 (3). Videre i avhandlingen beskrevet som skadeerstatningsloven eller med forkortelsen skl.

¹³ Jf. passkl. § 4 (1) første punktum.

¹⁴ Jf. passkl. § 4 (1) andre punktum.

kompensasjon for tapt livsutfoldelse og redusert livskvalitet. Vilklårene for menerstatning er at skaden er varig og av betydelig medisinsk art.¹⁵

Selv om vilklåret for menerstatning er at det skal foreligge en varig skade, er det klart at det ikke er krav om en livsvarig skade. Høyesterett har indikert at varigheten bør ligge opp i mot et utgangspunkt på minst 10 år.¹⁶ Når det gjelder hva som ligger i begrepet ”betydelig medisinsk art” er det vanlig å legge seg på en lik grense som ftrl. § 13-17, nemlig en medisinsk invaliditetsgrad på 15 %.¹⁷ Dette er kun et utgangspunkt, så menerstatning på bakgrunn av en lavere invaliditetsgrad kan ikke utelukkes. Høyesterett har videre uttalt at den medisinske arten kan være av både fysisk og psykisk art.¹⁸

Når det gjelder rene formuestap vil man sjelden finne disse erstatningsberettiget ved pasientskader. Dette kan likevel skje en sjelden gang. For eksempel dersom en lege utsteder en legeattest for sent, med den følge at pasienten ikke får godkjent vederlagsfri avbestilling av en bestilt ferietur. Imidlertid vil slike skader ofte kunne forsvares med ressursituasjonen. Passkl. § 2 (2) uttaler at pasienten kun vil ha rett til å kreve behandling etter de ressurser som er tilgjengelige.¹⁹ Videre vil slike formuestap sjelden være en påregnelig følge av skaden, noe som er et krav for å få erstatning etter ordinær erstatningsrett.

Høyesterett har i ett tilfelle valgt å avstå fra å gi erstatning for økonomisk tap. Dommen står gjengitt i Rt.1999.203, og har populærnavnet ”Steriliseringsdommen”. Det er her snakk om en pasientskade, som ikke er regulert ut fra pasientskadeloven. Imidlertid må resultatet bli det samme dersom en lik sak kommer opp etter pasientskadeloven. Denne saken gjaldt et ektepar som fikk barn etter å ha utført en sterilisering som åpenbart ikke ble gjennomført korrekt. Ekteparet ønsket erstatning for de økonomiske utgifter ved å få barn, men høyesterett valgte her ikke å gi medhold i erstatningskravet. Dette på bakgrunn av verdier. Det ville være feil om samfunnet skulle erstatte ”feilen” at et barn kom til verden. Å få barn skal ikke være noe som krever erstatning

¹⁵ Jf. skl. 3-2.

¹⁶ Jf. Rt. 2003.841. Straffesak hvor skadelidte etter en voldtekt fikk menerstatning på bakgrunn av at skadefølgene ville vare i en tiårsperiode. Førstvoterende uttalte at det... ”også må kunne utmåles erstatning for langvarige medisinske skader, i hvert fall når skaden antas å ville få minst en tiårs varighet”.

¹⁷ Jf. Rt.1977.780 med populærnavnet ”Kvaal-dommen”.

¹⁸ Jf. Rt.1985.1011 med populærnavnet ”Hauketo-dommen”, hvor sjokkskade var bakgrunnen for invaliditeten.

¹⁹ Om ressursproblematikken, se punkt 5.2 s. 35.

1.4 Rettskilder

Forståelsen av begrepet ”svikt” i passkl. § 2 (1) bokstav a må komme etter en tolkning av rettskildene som foreligger. Som avhandlingen har vist er det ingen høyesterettspraksis som anvender passkl. § 2 (1) bokstav a direkte. Det at det er lite høyesterettspraksis, sammenholdt med at loven er forholdsvis ny, gjør at det heller ikke er skrevet mye teori om temaet.

På bakgrunn av dette er det forarbeidene og ordlyden som vil bli de mest sentrale kildene i tolkningen. Imidlertid vil avhandlingen vise at en viss grad av forståelse kan opparbeides igjennom å drøfte pasientskaderettens egne avgjørelsesorganers avgjørelser, samt lavere rettsinstansers avgjørelser i de ordinære domstolene.

I påvente av den nye pasientskadeloven ble det laget et sett med midlertidige regler for å håndtere pasientskadesakene. I disse reglene ble det uttrykt at behandlingen/diagnostiseringen måtte være adekvat for å unngå erstatningsansvar. Det ble i forarbeidene til den nye loven uttalt at forståelsen av sviktbegrepet vil være lik adekvatvurderingen etter de midlertidige reglene for pasientskadeerstatning. Høyesterettsavgjørelser som omhandler de midlertidige reglene og dens adekvatvurdering vil følgelig være relevante og bidra til å gi en økt forståelse av rekkevidden av dagens sviktregel.

1.5 Avhandlingens oppbygning

Oppgavens hoveddel består av fire deler. Jeg vil først si noe generelt om den alminnelige erstatningsrettens plass når en pasientskade foreligger.²⁰ For å belyse sviktbegrepet i passkl. § 2 (1) bokstav a best mulig, vil det være nødvendig å ha kjennskap til hvordan den generelle erstatningsretten virker ved pasientskader.

Deretter vil jeg gi en kort utredning om utviklingen mot egne regler for pasientskader.²¹ Videre vil jeg gå inn på pasientskaderettens spesielle ansvarsgrunnlag²², før jeg drøfter og analyserer ansvarsgrunnlaget i passkl. § 2 (1) a som består av det sentrale sviktbegrepet.²³

²⁰ Avhandlingens punkt 2.

²¹ Avhandlingens punkt 3.

²² Avhandlingens punkt 4.

²³ Avhandlingens punkt 5.

Under drøftelsen av sviktbegrepet vil det igjen bli oppdelt i tre underdeler. Den første underdelen består av en drøftelse som søker å finne sviktbegrepets innhold.²⁴ Den andre delen vil bestå av en analysering av hvordan sviktbegrepet brukes og bør anvendes i praksis.²⁵ Her vil terskelen for ansvar blir vurdert, og momenter som må med i drøftelsen av om svikt foreligger vil bli drøftet. Disse to underdelene vil til informasjon gå noe over i hverandre. Den siste underdelen omhandler bruken av medisinsk sakkyndige i rettssaker hvor sviktbegrepet er sentralt.²⁶

Til sist i oppgaven vil jeg komme med noen avsluttende bemerkninger.²⁷ Her vil det bli oppsummert noe, og konkludert. Jeg vil også komme med noen egne betraktninger.

2 Kort om alminnelig erstatningsrett i pasientskadesaker

2.1 Den reelle bruken av alminnelige erstatningsregler i pasientskadesaker

De alminnelige erstatningsregler var alt man hadde å støtte seg til før de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning kom i 1988. Da var skadevolder den saksøkte, og ordinære domstoler var første instans. Nå er NPE første instans, og samme organ er den saksøkte dersom saken ender i de ordinære domstoler etter behandling hos NPE og nemnda.

Etter pasientskaderetten fikk egne regler, har spesialreglene vært de sentrale reglene når det gjelder vilkårene om erstatning. Fortsatt har alminnelig erstatningsrett en viktig rolle ved utmålingen.

For å få en forståelse for utviklingen og forståelse av den nå gjeldende pasientskadelov, vil en gjennomgang av de alminnelige reglene være til hjelp.

²⁴ Avhandlingens punkt 5.1.

²⁵ Avhandlingens punkt 5.2.

²⁶ Avhandlingens punkt 5.3.

²⁷ Avhandlingens punkt 6.

2.2 Bakgrunnen for den generelle erstatningsretten

På erstatningsrettens område har man både lovfestede og ulovfestede rettsregler. Lenge spilte lovgivningen en beskjeden rolle, og rettspraksis sto for utviklingen. Domstolene har hatt, og har, en ubestridt rettsskapende funksjon på dette området.

De siste 45 år har lovgiver vært mer aktiv innen erstatningsretten, og det er særlig personskader som har fått en bredere beskyttelse gjennom lovfesting av rettsregler. Dette bidrar til at ikke-jurister lettere vil finne frem til sine rettigheter. Videre er det en demokratisk tankegang at de folkevalgte fastsetter reglene fremfor domstolene. I tillegg er det slik at offentlig debatt og drøftelse omkring en ny lov, vil bidra til at befolkningen blir klar over at det finnes slike rettigheter.

Den sentrale lov på den generelle erstatningsrettens område er skadeerstatningsloven. I tillegg har man særlovgivning på bestemte områder, som for eksempel pasientskadeloven.

Bakgrunnen for at man ønsker rettsregler som gir mulighet for erstatning på generelt grunnlag har det vært vanlig å begrunne i to hovedhensyn: gjenoppretting og prevensjon.²⁸ Man ønsker å gjenopprette skaden som har skjedd, og risikoen skal bæres av den som er nærmest til å bære den. Dette er som regel antatt å være skadevolder, enten det foreligger skyld eller ikke. Den generelle samfunnsholdning er at dette føles rettferdig og rett. I tillegg ønsker man å søke den preventive virkning slik at skader kan unngås der det er mulig. Denne virkningen er spesielt viktig ved uaktsomhetsansvaret.²⁹ Frykten for å bli erstatningsansvarlig, vil bidra til at den potensielle skadevolder tenker ekstra godt over ting før den gjennomfører en handling som kan ha skadefølge. Men også ved det objektive ansvar³⁰ kan det ha betydning, for eksempel ved at en bestreber å ha gode rutiner slik at feil ikke oppstår.

²⁸ Se Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 5 utgave 2005 s. 79 følgende.

²⁹ Om uaktsomhetsansvaret på generelt grunnlag, se punkt 2.3 s. 11 følgende.

³⁰ Om det objektive ansvar på generelt grunnlag, se punkt 2.3 s. 12 følgende.

2.3 De generelle vilkår for erstatning

Det er sikker rett at tre vilkår må være oppfylt for at skadelidte skal være erstatningsberettiget. Det må i utgangspunktet foreligge et økonomisk tap³¹, det må være årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og skaden som er skjedd, og det må foreligge et ansvarsgrunnlag. Disse vilkår er alminnelige, og gjelder erstatningskrav på alle rettsområder.

Vilkåret om at det må foreligge et økonomisk tap vil være oppfylt i tilfeller hvor for eksempel en pasient får en nerve i klem under en operasjon, og på den måten blir fraværende fra jobb utover den tiden trygden/NAV kompenserer for det økonomiske tapet igjennom sykepengene.³² Man vil etter denne perioden få andre tilbud, men pengeutbetalingene vil ikke lenger tilsvare 100 % lønn. Vedkommende vil følgelig ha et tap i inntekt. Man kan i slike tilfeller ha lidt inntektstap, og fremtidig inntektstap. Et annet eksempel på økonomisk tap er tap i forbindelse med lidte utgifter eller fremtidige utgifter til for eksempel behandling.

At det kreves årsakssammenheng, betyr at det må være en sannsynlig sammenheng mellom feildiagnosen/feilbehandlingen og pasientskaden. I en dom gjengitt i Rt.1992.64 med populærnavnet ”P pilledom II”, fikk pasienten hjernetrombose etter bruk av p-piller. P-pillene var antakelig ikke aleneårsak, og høyesterett konkluderte med at det avgjørende i slike tilfeller er om den årsaksfaktor som kan føres tilbake til skadevolder:

”har vært så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den”.

Videre sa høyesterett at:

”Årsakskravet mellom en handling eller unnlatelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlatelsen tenkes borte”.

Ordinær sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig dersom man er usikker på om årsakssammenheng foreligger. Altså må det være mer sannsynlig at skaden skyldes for eksempel behandlingen enn at den ikke gjør den.

³¹ Det finnes unntak fra kravet om økonomisk tap, for eksempel menerstatning for tapt livsutfoldelse etter skl. § 3-2.

³² Jf. ftrl. § 8-12.

Foreligger det flere årsaksfaktorer og flere skadevoldere som hver for seg er tilstrekkelig til å skape skade³³, blir de forskjellige skadevoldere etter ordinær erstatningsrett og skl. § 5-3 solidarisk ansvarlige. Dette betyr at hver og en av de ansvarlige helsearbeiderne/institusjonene fullt og helt er ansvarlig for erstatningsbeløpet. Dersom den ene betaler erstatningen til skadelidte, kan denne søke regress hos den andre. På denne måten gjøres prosessen enklere for pasienten.

Mer problematisk ved pasientskader kan det bli dersom det foreligger flere årsaksfaktorer som hver for seg er for små til å være skyld i skaden, men som sammen er sterke nok til å forvolde skaden. Som eksempel kan nevnes en pasient som har en grunnlidelse som legen feilbehandler. Her kan både grunnlidelsen og feilbehandlingen bidra til skaden. Dette kalles samvirkende årsaker, og løses som hovedregel ved at det kun er det tap feilbehandlingen har medført som kan kreves erstattet. Det tap som skyldes grunnlidelsen kan ikke erstattes i denne sammenheng.

Hva gjelder ansvarsgrunnlag, er det vanlig å operere med to hovedansvarsgrunnlag; subjektivt og objektivt ansvar. Her vil de ordinære ansvarsgrunnlagene bli presentert kort. Under avhandlingens punkt 5 vil det bli gått nærmere inn på dem i forbindelse med drøftelsen av sviktvurderingen.

Det subjektive ansvaret kalles uaktsomhetsansvaret, og er et ansvar betinget av at noen, for eksempel en lege har utvist uaktsomhet. I erstatningsretten skiller man mellom tre grader av uaktsomhet; simpel uaktsomhet, grov uaktsomhet og forsett.

Simpel uaktsomhet foreligger når man bevisst eller ubevisst foretar en handling som skaper unødig risiko. Man vurderer her om skadevolder kunne, og burde handlet annerledes.

Grovt uaktsom er man dersom avviket fra forsvarlig handlemåte er enda større enn ved den simple uaktsomheten. For at handlingen skal karakteriseres som grovt uaktsom må handlingen være en:

³³ Også kalt konkurrerende årsaker.

”kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet.”³⁴

Det må altså være et markert avvik fra forsvarlig handlemåte.

Forsett foreligger dersom man gjennomfører en handling, selv om man regner med at skade vil skje ved handlingen, eller at det er sannsynlighetsovervekt for at det skjer.

Uaktsomhetsansvaret har en subjektiv og en objektiv side. Den objektive siden består i å finne ut om noe har skjedd som ikke skulle ha skjedd. Den subjektive siden består av å vurdere om legen forsto eller burde ha forstått at han burde handlet annerledes. Man spør seg om legen har vært uaktsom, og om hans opptreden har vært klanderverdig.

Dersom en nerve blir kuttet over ved en operasjon, vil man først vurdere den objektive siden. Man vurderer først om dette var noe en vanlig god lege som forholdt seg til ordinær praksis ville ha gjort i samme situasjon. Altså vurderer man om det som har skjedd objektivt sett ikke burde ha skjedd. For eksempel om et behandlingsvalg objektivt sett var riktig valg. Hvordan ville en normalt forstandig lege handlet i dette tilfellet?

Man går så inn på den subjektive siden. Kan behandleren klandres for det som skjedde? Forsto eller burde legen forstått at det han gjorde var feil?

Videre har vi ansvarsgrunnlaget objektivt ansvar. Momentene skyld og uaktsomhet er for det objektive ansvaret helt uten betydning. I pasientskadesammenheng vil det eventuelt bety at enhver pasientskade er erstatningsberettiget. Ved det objektive ansvaret vil risikoen for skade blir lagt på skadevolder, selv om det ikke foreligger noen grad av skyld.

Tanken bak det objektive ansvaret er at man spør seg hvem som er nærmest til å bære risikoen. Herunder vurderes hvem som har best mulighet til å sette inn tiltak for å forhindre at slik skade skjer. Rettfferdsbetraktninger er òg av betydning, det er også behovet for trygghet og gjenoppretting for skadelidte. Dette ansvarsgrunnlaget dekker videre opp tilfellene hvor

³⁴ Jf. Rt.1970.1235.

det foreligger uaktsomme forhold, men man ikke klarer å finne ut hva som har skjedd eller hvem som har gjort det.

Objektivt ansvar har hjemmel både i lov og i ulovfestet rett skapt i rettspraksis.

Rettspraksis generelt anfører imidlertid at objektivt ansvar ved pasientskadesaker i all hovedsak kun skal idømmes når det er bestemt i lovs form. Dette må være en lovgivers oppgave.³⁵

Høyesterett idømte imidlertid ansvar med det ulovfestede objektive ansvar som ansvarsgrunnlag i dommen gjengitt i Rt.2000.388. Her hoppet en psykiatrisk pasient ut av vinduet på en psykiatrisk institusjon. Pasienten fikk lammelser på bakgrunn av fallet. Høyesterett uttalte:

"Sannsynligheten for at pasienter på psykiatriske sykehus skal knuse en vindusrute og hoppe ut, er så betydelig at den tas i betraktning ved sikringen av sykehusene. Det kommer også her inn at pasientrommet var møblert med løse gjenstander som kunne benyttes til å knuse vinduene. Den atferd som A la for dagen og som utløste skaden, var på ulykkestidspunktet en kjent atferd for psykotiske pasienter i hans kategori."

I tillegg sa retten at denne risikoen enkelt kunne fjernes med relativt beskjedne midler.

Saken fulgte ikke pasientskadelovens særregler, og det var sykehuseier som var saksøkt. Dette fordi det her var tale om en skade ved en psykiatrisk institusjon, og skaden oppsto før loven gjaldt for slike institusjoner.

I dag ville denne saken bli fanget opp av pasientskadelovens § 2 (1) bokstav b som statuerer et objektivt ansvar ved teknisk svikt av apparat, redskap eller annet utstyr som er bruk ved ytelsen av helsehjelp.

³⁵ I Rt.1978.482 sa høyesterett at: "Det må være en lovgivningsoppgave å vurdere om objektivt ansvar skal innføres for komplikasjoner som behandling av syke har medført". Dette er også uttrykt i Rt.1990.768 og NOU 1992:6 punkt 3.3.2.3.

To andre unntak fra hovedregelen om at objektivt ansvar i pasientskadesaker kun skal idømmes kun når det er lovfestet, er ved bruk av ulovfestet objektivt erstatningsansvar ved ulovlig tvangsinnleggelse og tvangsvaksinering.

Ansaret på bakgrunn av tvangsvaksinering er i ettertid blitt et lovfestet objektivt ansvar i passkl. § 2 (1) bokstav d. Det er fortsatt ulovfestet rett at det i *utgangspunktet* foreligger et objektivt ansvar for ulovlig frihetsberøvelse.³⁶ Tvangsinnleggelse vil for øvrig som tidligere vist, ikke kunne hjemles i pasientskadeloven, da selve tvangsinnleggelsen ikke er å regne som en pasientskade, jf. passkl. § 1.

Også det lovfestede objektive ansvar er utviklet i rettspraksis, før det senere er blitt lovfestet på enkelte områder. Som eksempel vises til rettspraksis utvikling mot et objektivt ansvar for svikt i teknisk utstyr og liknende. Dette gjelder ikke bare pasientskader direkte, men også andre områder. Som eksempel kan det vises til Rt.1948.1111 med populærnavn ”Trikkedommen” ble sporveiene kjent erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag etter at en kvinnelig passasjer falt ut av en åpen dør ved en bråstans og skadet seg. Høyesterett mente sporveiene måtte være objektivt ansvarlig for ikke å ha fulgt den tekniske utviklingen på området, og følgelig gjort det de kunne for å hindre skade.³⁷

En spesiell type objektivt ansvar er arbeidsgiveransvaret etter skl. § 2-1 nr 1. Her er ansvaret for arbeidsgiver objektivt, dersom det foreligger uaktsomhet hos arbeidstakeren.³⁸

³⁶ Jf. Rt.1987.1495 med populærnavn ”Reitgjerd-dom II”. Høyesterett sa her at: ”Tvangsmessig tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus er et særdeles vidtgående inngrep i den enkeltes mest vesentlige rettsgoder. Etter min mening må iallfall utgangspunktet og hovedregelen være at når et slikt inngrep er blitt iverksatt uten at lovens vilkår forelå, må det medføre et objektivt erstatningsansvar overfor den som ble utsatt for inngrepet.”

³⁷ Se også Rt.1991.1303, med populærnavn ”Gulvlake-dommen”. En gjest på en restaurant falt ned en usikret luke og skadet seg. Restauranteier ble funnet ansvarlig på objektivt grunnlag.

³⁸ Om arbeidsgiveransvarets forhold til sviktvurderingen, se punkt 5.1 s. 27 følgende.

3 Utviklingen mot særregler for pasientskadeerstatning

3.1 Historisk utvikling

I pasientskadesaker er det ikke alltid lett å vurdere om det foreligger uaktsomhet, og om vilkårene for skyldansvaret er oppfylt. Er det forekommet skade på en pasient, er det vanskelig for pasienten å bevise hva som har skjedd og hvem som eventuelt har utvist uaktsomhet. Enda vanskeligere er det for en pasient å ha en formening om legen har vært uaktsom, og om han forsto eller burde ha forstått at han gjorde noe han ikke burde ha gjort. Dersom en pasient får en skade under for eksempel under en operasjon, kan det altså være vanskelig for pasienten selv å vurdere om legen eller operasjonssykepleiere har vært subjektivt eller objektivt uaktsomme.

Med utgangspunkt i at de ordinære erstatningsregler ikke alltid er tilfredsstillende i pasientskadeerstatningssaker, ble det i januar 1987 vedtatt at justisdepartementet skulle utrede og vurdere blant annet om objektivt ansvar burde lovfestes på dette området. I september samme år ble det oppnevnt et utvalg, ledet av Peter Lødrup som skulle utrede og foreslå lovbestemmelser på området.

I påvente av forslaget ble det laget en midlertidig ordning for behandling av pasientskader.

1. januar 1988 trådte den midlertidige ordningen i kraft. Ordningen var en særskilt avtale mellom staten og fylkeskommunene. Ordningen ble administrert av Norsk Pasientskadeerstatning, og finansiert av staten og fylkeskommunene. Den midlertidige ordningen gjaldt bare de offentlige helsevirksomheter, samt private aktører med støtte fra statsbudsjettet. Den gjaldt ikke private helseaktører uten støtte fra statsbudsjettet. Ordningen statuerte et objektivt ansvarsgrunnlag, men med flere unntaksbestemmelser som til sammen svekket det objektive ansvaret betraktelig.

I juli 1993 ble det etter anmodning fra Sosial- og helsedepartementet satt opp et utvalg (Evalueringsutvalget) som skulle vurdere den midlertidige ordningen. Her skulle man vurdere rettssikkerheten, samt bruke erfaringene videre i arbeide med den nye loven. Evalueringsutvalget kom frem til at de fleste målsetningene med den midlertidige ordningen hadde slått til. Det erstatningsrettslige vernet var for pasientene styrket. Videre var

sykehusenes rapporteringsrutiner blitt betydelig bedre. Flere pasienter som følte seg erstatningsberettiget fikk saken sin vurdert³⁹, og gangen mot en avgjørelse var ikke så ressurskrevende som tidligere.

Med bakgrunn i Lødruputvalgets utredning valgte justisdepartementet å fremme forslag til den nye pasientskadeloven. Fra 1. januar 2003 trådte den nye pasientskadeloven i kraft, men da kun for offentlig helsetjeneste. Dette var i det vesentligste en videreføring av den rettstilstanden som de midlertidige reglene hadde skapt.

26. september 2003 ble det gitt regler som gav de private aktørene en forsikringsplikt. Dette var i håp om å få loven i kraft også for disse. Imidlertid viste det seg vanskelig for de private helseforetakene å få forsikring med bakgrunn i at eventuelle saker etter hvert skulle reguleres av pasientskadeloven. Forsikringsselskapene ønsket ikke å gi forsikring dersom de kunne miste muligheten til å behandle skadesakene etter egne forsikringsvilkår.⁴⁰

Fra 1. januar 2009 trådte endelig loven i kraft også for private helsetjenester.⁴¹ Løsningen ble at også de private aktører ble underlagt NPE. Dette betyr at alle pasientskader behandles etter de samme reglene. Finansieringen skjer ved at de private betaler tilskudd til NPE. Etter pasientskadeloven trådte i kraft også for de pasientene som benytter private helseaktører, har pasientene fått et betydelig bedre vern. Uten pasientskadeloven vil de private aktørene måtte bruke de alminnelige ansvarsgrunnlagene objektivt og subjektivt ansvar. De ville videre måtte kjørt en ressurskrevende og tyngre sak for de ordinære domstolene.

3.2 Justisdepartementets legislative hensyn. For/mot et objektivisert ansvar.

I forbindelse med sitt arbeid mot den nye loven, og vurderingen av om ansvaret skulle objektiviseres, hadde justisdepartementet en drøftelse av diverse legislative hensyn.⁴² Disse hensyn er reflekterte, og er gode å ha med seg i drøftelsen av hvor objektivisert sviktbegrepet er ment å være.

³⁹ Jf. Sølvi Flåte, rådgiver NPE.

⁴⁰ Se Ot.prp.nr.103 (2005-2006) s. 16 følgende.

⁴¹ Se Ot.prp.nr.103 (2005-2006) s. 16 følgende.

⁴² Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 28 følgende.

Justisdepartementet mener alminnelig erstatningsrett er utilstrekkelig i pasientskadesaker, spesielt med tanke på to punkter. Det ene er at det viser seg vanskelig for skadelidte å bevise at vilkår for erstatning er tilstede. Det er vanskelig å bevise *hva* som har skjedd, og *hvem* som har gjort feil. Det andre er at en erstatningssøkende prosess i domstolene ofte er svært langvarig og ressurskrevende.

Departementet mener en lovfesting av en mer objektivisert pasientskaderett vil bidra til at flere blir kjent med sine rettigheter, og at flere som har oppfyller vilkårene for rett på erstatning, faktisk velger å gjøre en sak ut av det. Dette vil videre føre til at flere får erstatning, noe som vil være et ubetinget gode for den det gjelder.

Imidlertid er det også knyttet motargumenter til dette. De ressursene som blir brukt på et bedre erstatningsmessig vern for den enkelte, kunne vært verdifulle ressurser å bruke på forebygging, behandling, eller i den generelle trygdeytelsen. Disse momentene vurderte justisdepartementet, men kom til at et bedre vern for de skadelidte veide tyngre.

Justisdepartementet viser til et eksempel som gjør at reglene ved første øyekast kan oppleves noe urettferdig. Eksemplet gjelder to kvinner som begge får fjernet hvert sitt bryst. Etter å ha analysert prøvene viser det seg at den ene kvinnen har kreft, mens den andre kvinnen ikke har kreft. Den kvinnen som får påvist kreft har ikke rett på erstatning for her har legene gjort jobben sin, som var å fjerne brystet for å hindre spredning. Kvinnen som ikke hadde kreft, kan derimot ha rett på erstatning. Dette fordi legene gjorde en feil da de trodde hun hadde kreft, og brystet ble unødvendig fjernet. Her kan det altså foreligge svikt ved ytelsen av helsehjelp. Begge kvinnene har mistet hvert sitt bryst, men bare den ene har mistet det *uten grunn*. Det er her forklaringen for dette må ligge.

Hva gjelder det tidligere nevnte prevensjonshensynet som er bakgrunn for erstatningsreglen, vil hensynet i seg selv ikke ha like stor virkning på pasientskadeerstatningens område som på andre områder.

De fleste helsepersonell vil uansett føle en moralsk og faglig forpliktelse til å gjøre sitt ytterste for sin pasient. Det oppleves for de aller fleste av oss mennesker som ubehagelig i seg selv å gjøre noe som skader et annet menneske. En sykehusledelse vil for eksempel bestrebe og ha

gode rutiner for å unngå at feil skjer, og at skader oppstår. Som eksempel kan nevnes gode rutiner på kontrollen av medisinsk utstyr under en operasjon, slik at man unngår at for eksempel en tampong blir igjen inne i operasjonssåret. I tillegg vil nok hvert enkelt helsearbeider søke å unngå en sak på bakgrunn av noe som har skjedd med den pasienten de selv har behandlet.

Imidlertid vil nok også rettsreglene til en viss grad ha preventiv virkning. Det å oppfylle lovens vilkår om svikt, eventuelt også å bli ansvarlig, kan oppleves som en moralsk bebreidelse som et sykehus, andre helsetiltak eller helsearbeidere uansett vil søke å unngå.

Rent økonomisk vil nok ikke trusselen om mulig erstatningskrav prege de forskjellige helseinstitusjonene like mye som det kan gjøre på andre områder. Dette fordi man har en pool igjennom NPE hvor alle erstatninger utbetales fra. Imidlertid må instansene betale egenandel når deres pasient får medhold i en erstatningssak. Dog er den enkelte egenandelen på maks 100 000 kroner.⁴³ I tillegg gjelder for de offentlige instanser, at de regionale helseforetakene instansen er lokalisert i, må betale en sum til NPE hvert år. Denne summen er beregnet ut i fra hvor stor andel av erstatningsutbetalingene de siste fem år, det enkelte helseforetak står for.⁴⁴ Også de private helseforetak må betale slike tilskudd.⁴⁵

Pasientskadeerstatningsreglene kan også påvirke helsevesenet på en mer negativ måte. Dersom man velger å bruke ressurser på å unngå feil og svikt i diagnostiseringen/behandlingen hos en sykdomsgruppe som er mer utsatt enn andre, kan det gå utover ressursene til andre sykdoms - eller skadegrupper. Det viktige for helsevesenet er ikke bare å til en hver tid å unngå feil, men også å gjøre de syke friskere og de skadede bedre.

⁴³ Jf. passkl. § 6a

⁴⁴ Jf. passkl. § 7

⁴⁵ Jf. passkl. § 8

4 Pasientskaderettens ansvarsgrunnlag

Pasientskadeloven § 2 (1) oppstiller lovens spesielle ansvarsgrunnlag. Paragrafens første ledd viser til at pasienter og andre som har lidt tap på grunn av en pasientskade, har krav på erstatning når dette skyldes en av de nevnte ansvarsgrunnlagene i bokstav a til d.

”Lidt tap” henviser til det ordinære vilkåret om økonomisk tap. Bruken av ordet ”skyldes” viser til vilkåret om årsakssammenheng.

Loven oppstiller fire mulige ansvarsgrunnlag i bokstav a til d.

Bokstav a er hovedregelen og oppstiller et ansvarsgrunnlag som gir krav på erstatning dersom det foreligger ”svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes.” Det er dette alternativet som i praksis har vist seg å skape uklarheter, og som vil bli drøftet i det videre.⁴⁶

Bokstav b gjelder ved teknisk svikt på medisinsk - teknisk utstyr, og oppstiller et rent objektivt ansvar.

Rent objektivt er også ansvaret etter bokstav c og d, som gjelder henholdsvis smitte og infeksjoner, og vaksinasjon.

Deretter oppstiller litra e i samme paragraf en påminnelse om at også de ordinære ansvarsgrunnlag kan brukes i pasientskadesaker, så lenge vilkåret om pasientskade etter lovens § 1 er oppfylt. Dette betyr at lovens tvisteløsningsorganer kan benyttes, selv om det er et ordinært ansvarsgrunnlag som er benyttet.

Til sist må det nevnes at man i paragrafens tredje ledd har det man kan kalle en sikkerhetsventil. Selv om ingen av andre ledds ansvarsgrunnlag er oppfylt kan det unntaksvis foreligge erstatningsrett ved en pasientskade som er så stor og uventet at den må anses som en risiko pasienten ikke må akseptere. Dette er en snever unntaksregel, og vil i praksis være mest aktuell hvor vilkåret om svikt etter bokstav a ikke er oppfylt. Lødruputvalget uttalte at regelen er tiltenkt:

⁴⁶ Se punkt 5.

”tilfeller hvor det vil virke støtende på rettsfølelsen å ikke tilkjenne erstatning”.⁴⁷

Dette virker også å være en form for objektivt ansvar, da pasienten vil få erstatning uavhengig av skyld og svikt ved helsehjelpen.

5 Sviktbegrepet i pasientskadelovens § 2 (1) bokstav a

5.1 Sviktbegrepets innhold

For å finne sviktbegrepets innhold vil det i det følgende bli foretatt en drøftelse av sviktbegrepet opp i mot de ordinære ansvarsgrunnlagene uaktsomhetsansvar og objektivt ansvar.

Etter ordlyden i passrl. § 2 (1) bokstav a er det klart at uaktsomhetsansvarets subjektive element er ubetydelig. Paragrafen beskriver eksplisitt at det ikke er krav om skyld hos behandleren igjennom ordene ”*selv om ingen kan lastes*”.

Dette fører til at man vil fange opp langt flere tilfeller av svikt enn der hvor det er krav om subjektiv skyld. Dersom man viser til rutineproblematikken vil man kunne belyse dette godt. Et sykehus trenger gode rutiner på hvordan man håndterer for eksempel sterile kompresser under operasjoner. De kan ha faste rutiner som har utviklet seg over tid, og som aldri har medført en skade på pasientene. De involverte har hatt denne rutinen så lenge at de opplever den som god. Hvis det likevel skjer at en pasient får en kompress liggende igjen i operasjonssåret, vil man måtte revurdere denne rutinen. Dersom man har krav om skyld vil det bli vanskelig for pasienten å bevise dette. Hvem har skylden? Er det de som er ansvarlig for rutinen? Hvem er ansvarlig for rutinen? Det trenger ikke være noen konkrete som har vært uaktsomme, det kan være utviklet over svært lang tid. Eller er det en av de som var med under operasjonen? Da kan man spørre seg om det var operasjonssykepleieren som burde ha sett dette? Eller legen som brukte kompressen? Eller eventuelt den som sydde igjen pasientens

⁴⁷ Se NOU 1992:6 Kap. 13, bemerkning til § 3.

operasjonssår? Ved å bruke svikt som ansvarsgrunnlag slipper man disse rundene, og pasienten vil mye lettere nå igjennom med sitt krav.

Med bakgrunn i dette, vil subjektive unnskyldningsgrunner være helt utelukket i saker hvor man prosederer etter sviktbegrepet som følger av pasientskadeloven. Helsevesenet skal bære risikoen for misforståelser, uavhengig av om noen er å laste for misforståelsen.⁴⁸

I en sak hvor påberopt ansvarsgrunnlag er ordinært uaktsomhetsansvar utenfor passkl. § 2 (1) bokstav a, vil en lege kunne påberope slike unnskyldningsgrunner. Et eksempel kan være at pasienten har gitt legen feil opplysninger, som igjen fører til at legen velger en behandlingsform som medfører skade. Andre unnskyldningsgrunner kan være alder eller uerfarenhet. Dette var tilfelle i dommen gjengitt i Rt. 1963.161, med populærnavnet ”Pantocain-dommen”. En militærlege ble ikke ansett erstatningsansvarlig for en feil han gjorde blant annet på grunn av hans uerfarenhet og unge alder. Resultatet ville blitt et annet dersom saken ble ført i dag og med sviktparagrafen som ansvarsgrunnlag.

Det som videre synes klart etter tolkning av ordlyden, er at selv om det ikke er *krav* om skyld, så vil det ordinære ansvarsgrunnlaget uaktsomhet likevel omslutes av sviktbegrepet. Dersom noen har gjort noe uaktsomt, vil de oppfylle vilkåret om svikt.

Kan man konstantere at skadevolder har vært uaktsom, er det uten betydning for ansvarsgrunnlaget sin del hvilken grad av skyld som foreligger. Om det er forsett eller grov uaktsomhet eller vanlig uaktsomhet, er altså uten betydning i forhold til ansvarsgrunnlaget.

Så langt har drøftelsen vist at uaktsomhetsansvarets subjektive element er ubetydelig. Man står da igjen med det objektive elementet, og man kan spørre seg om denne delen av uaktsomhetsansvaret er sammenfallende med sviktvurderingen.

Den naturlig språklige forståelsen av begrepet ”feil eller svikt”,⁴⁹ og dagens ordlyd som inneholder kun ordet ”svikt”⁵⁰, er at noe har skjedd, og at noe eller noen har sviktet i sin oppgave som behandler.

⁴⁸ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64.

Uttrykket ”feil eller svikt” ble av Lødruputvalget og departementet bevisst valgt for å statuere at uaktsomhetsansvaret er skjerpet i forhold til det ordinære uaktsomhetsansvaret. Departementet mente dette var et bedre valg enn å bruke ordet ”uaktsomhet” som ville ført lovanvenderens tanker over på det alminnelige uaktsomhetsansvarets krav om subjektiv skyld. Departementet ønsket til forskjell fra den ordinære uaktsomhetsvurdering å legge fokus mer over på *hva* som har skjedd, fremfor *hvem* som gjorde en eventuell feil.

Departementet uttaler at tanken bak begrepet ”feil eller svikt” er at det skal ha skjedd noe irregulært under behandling, diagnostisering eller lignende.⁵¹ Altså har noe skjedd som ikke burde ha skjedd. Dette stadfester Lødruputvalgets holdning.

Det er interessant å se at Justisdepartementet velger å bruke begrepet uaktsomhet i sine diskusjoner. Det er tydelig at de mener ansvaret fortsatt skal være et slags uaktsomhetsansvar. Men det er ønskelig at fokus skal være på den objektive vurderingen, og ikke på den subjektive.

Drøftelsen så langt viser at sviktbegrepets *vurderinger* er lik *vurderingen* av den objektive delen av uaktsomhetsansvaret.

Ansvarsgrunnlaget om svikt er likevel ment å innebære en ytterligere skjerpelse av ansvaret. Departementet sier i forarbeidene at *terskelen* for hva som karakteriseres som uaktsomhet etter den nye loven skal være lavere enn *terskelen* etter det ordinære uaktsomhetsansvaret. Hva dette betyr i praksis er i følge departementet vanskelig å si noe konkret om. Dersom man er i tvil om uaktsomhet foreligger skal tvilen gå i favør den skadede pasienten.⁵²

Selv om vurderingene i sviktvurderingen og den objektive delen av uaktsomhetsansvaret er lik, skal altså listen legges lavere for ansvar etter sviktvurderingen. En pasient som er skadet etter diagnostisering eller behandling skal lettere få erstatning etter sviktvurderingen, enn etter en ren vurdering av den objektive delen av det ordinære uaktsomhetsansvaret. Dersom en lege

⁴⁹ Etter departementets behandling endte lovforslaget til passkl. § 2 (1) bokstav a opp med en foreløpig ordlyd som uttrykker at erstatningsansvar foreligger dersom det foreligger ”*feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes*”.

⁵⁰ I punkt 5.1 s. 24 blir det redegjort for bakgrunnen til at ”feil” ble fjernet fra lovforslaget.

⁵¹ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64.

⁵² Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64.

gir en feil diagnose, vil ikke NPE nødvendigvis unngå ansvar selv om legen handlet riktig ut fra det han trodde var riktig på det tidspunktet. Det avgjørende blir om legen etter en streng vurdering har handlet etter det som anses som god praksis objektivt sett.⁵³

Man kan da spørre seg om sviktvurderingen kan sammenlignes med helsepersonellens profesjonsansvar ved uaktsomhetsvurderingen. Leger og andre i helsevesenet er autorisert av myndighetene, og de har et stort ansvar når de jobber med menneskers liv og helse. Dette gjør at terskelen for å bli ansett som uaktsom er lavere hos disse. Det er ulovfestet, men sikker rett at leger og andre profesjonsutøvere som for eksempel advokater, skal bedømmes strengere enn andre utenfor profesjonen. Helsepersonelloven og andre lover legger også enkelte føringer som gir uttrykk for dette.⁵⁴

Både profesjonsansvaret og sviktvurderingen har en strengere uaktsomhetsvurdering enn den ordinære uaktsomhetsvurderingen. Imidlertid mener jeg avhandlingen videre vil vise at terskelen for ansvar ved sviktvurderingen synes ytterligere skjerpet. Det har vært lovgivers vilje å styrke vernet for skadede pasienter, og det må derfor antas at terskelen for ansvar skal være enda lavere enn hva det normalt er når det foreligger et profesjonsansvar.

Ved en drøftelse av om profesjonsansvaret er overholdt, skal man se til hva pasienten har forventet av virksomheten. Dette kreves også i sviktvurderingen jf. passkl § 2 (2) første punktum.⁵⁵ Både profesjonsansvarsvurderingen og sviktvurderingen vil være relativ, og må tilpasses til situasjonen. De samme krav kan ikke settes til for eksempel en lege som tilfeldigvis er tilstede når noen skader seg, som til en behandlende lege lokalisert på sykehuset.

Videre ser man også likheter i forhold til bruken av unnskyldningsgrunner. Det skal nok mer til for en profesjonsutøver å gå fri på bakgrunn av unnskyldningsgrunner enn i sammenhenger som innebærer en vanlig ordinær uaktsomhetsvurdering. Uaktsomhetsvurderingen objektiviseres der profesjonsansvar er et tema, og man kan her se at uaktsomhetsvurderingen

⁵³ Se punkt 5.2 vedrørende kravet om at helsearbeideren skal ha handlet ut fra god faglig praksis.

⁵⁴ Blant annet Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) av 02.juni.1999 nr. 64 § 4 om forsvarlighet er et uttrykk for helsearbeideres profesjonsansvar.

⁵⁵ Jf. passkl. § 2 (2) første punktum som uttrykker: "Det skal tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt."

er nærmere sviktbegrepet i disse sammenhengene enn ved uaktsomhetsvurdering uten profesjonsansvar.

Men her stopper likehetene mellom profesjonsansvaret og ansvar etter sviktvurderingen.

Når det gjelder unnskyldningsgrunner, er det ved svikt som ansvarsgrunnlag helt utelukket. Det er det ikke ved uaktsomhetsansvar med profesjonsansvar. Unnskyldningsgrunner kan her være ansvarsbefriende, dog er terskelen for å bli ansvarsfri høyere enn ved ordinær uaktsomhet hvor profesjonsansvar ikke foreligger.

En annen forskjell på disse to vurderingene er kravet om subjektiv skyld. Ved vurdering av profesjonsansvaret er det nødvendig å finne subjektiv skyld hos den enkelte profesjonsutøver. Ved sviktvurderingen er det tilstrekkelig å finne objektiv uaktsomhet.

Dersom man derimot ser profesjonsansvaret og arbeidsgiveransvaret⁵⁶ i ett, vil man se at også behovet for subjektiv skyld i større grad faller bort. Arbeidsgiveransvaret dekker også anonym uaktsomhet. Imidlertid vil man fortsatt stå igjen med de forskjeller at terskelen for ansvar er lavere ved sviktvurderingen, samt at unnskyldningsgrunner er fullstendig utelukket.

Ovenfor er det konstatert at vurderingene som ligger i sviktbegrepet er lik den objektive siden av uaktsomhetsansvaret. Det er også klart at ansvaret er objektivisert. Dette fordi subjektiv skyld er utelukket, og terskelen for ansvar er lavere. Spørsmålet videre blir da om vi nærmer oss et rent objektivt ansvar?

Departementets lovforlag ble etter at forslaget ble lagt frem til Stortinget, vurdert av Stortingets sosialkomite. Uttrykket ”feil eller svikt” ble her forandret. Sosialkomiteen valgte i sin innstilling å fjerne ordet ”feil”, og lot kun ordet ”svikt” stå igjen. På denne måten mente de at de fremhevet ønsket om et sterkere ansvar enn det ordinære skyldansvaret. Sosialkomiteen går svært langt i sine uttalelser, og anfører:

”Komiteen vil understreke at det er skaden og skaderesultatet som skal være avgjørende for om pasienten får erstatning, ikke om det kan påvises at enkeltpersoner

⁵⁶ Om arbeidsgiveransvarets forhold til sviktvurderingen i avhandlingen, se punkt 5.1 s. 26 følgende.

har gjort feil eller utvist uaktsomhet, og mener det er behov for å presisere dette i lovteksten”.⁵⁷

Komiteen begrunner dette med at loven først og fremst skal ivareta pasienten etter at skade er skjedd. Videre viser de til Legeforeningens uttrykte bekymring under loveforslagets høringsrunde. Legeforeningen opplevde at hovedregelen med objektivt ansvar i de midlertidige reglene i praksis ble mer og mer skyldbasert. De mente den midlertidige ordningen i liten grad har gitt pasienter erstatning som de ikke ville ha fått dersom de hadde gått veien om de ordinære domstoler og de ordinære ansvarsgrunnlag.

Sosialkomiteens uttalelser tyder på at ”svikt ved ytelse av helsehjelp” er et rent resultatansvar, altså et rent objektivt ansvar. Dette betyr i så fall at det er resultatet man skal vurdere, ikke handlingen som førte til resultatet slik man gjør i en uaktsomhetsvurdering.

Imidlertid kan ordlyden i selve bestemmelsen vanskelig kombineres med et rent objektivt ansvar. Dersom det er lovgivers mening å gi et rent resultatbasert ansvar, måtte de ha valgt en annen begrepsbruk i paragrafen.

Det ville verken være økonomisk mulig, ei heller ønskelig at alle skulle få erstatning dersom de fikk en ”skade” som følge av en behandling som gjøres helt korrekt og etter god faglig standard og praksis.

Dersom man har en rettstilstand med et rent objektivt ansvar for alle pasientskader vil vi få veldig mange situasjoner der en pasient blir skadet under en behandling og følgelig får rett på erstatning uavhengig av om legene har gjort alt i sin makt for å forhindre skaden. Dersom man må amputere en fot for å redde en pasient fra å dø av koldbrann, vil man vanskelig kunne forsvare at pasienten skal få erstatning for at legene reddet hans liv ved å fjerne foten. Dette med forbehold om at behandlingen er gitt etter god faglig praksis, og etter de krav pasienten med rimelighet kunne stille til sykehuset.⁵⁸

Som indikasjon på at ansvaret etter sviktbestemmelsen neppe er ment å være et resultatansvar, kan det også vises til departementets eksempel med de to de to kvinnene som begge måtte

⁵⁷ Innst.O.nr.68 (2000-2001) Kap. 2.2, merknader til § 2.

⁵⁸ Jf. jf. passkl. § 2 (2). Se punkt 5.2.

fjerne hvert sitt bryst på grunn av mulig kreft.⁵⁹ Dersom departementet hadde et ønske om et resultatansvar, ville begge disse kvinnene fått erstatning. Begge mistet brystet sitt, men bare en av dem viste seg å ha kreft.

Man kan videre se for seg et eksempel med en mann som blir steril etter cellegiftbehandling. En pasient med testikkelkreft får behandling og blir frisk, men på bakgrunn av behandlingen som er helt korrekt gjennomført får han svært dårlig sædkvalitet. Pasienten kan da få svært store utgifter ved bruk av andre løsninger for å få barn, og det ville etter et rent resultatansvar kunne medføre et erstatningsansvar for NPE. Dette vil ikke være forenelig med den alminnelige rettsfølelsen.

Det kan spekuleres i om komiteen har uttalt seg litt sterkere enn meningen var. Det kan antas at meningen deres er å få frem at den subjektive skylden ikke er et nødvendig vilkår for at ansvar foreligger. Man trenger ikke å finne en spesifikk person å legge skylden på. Ofte vil det i for eksempel sykehussituasjoner være mange som behandler samme person, og hvor svikten kom inn kan være vanskelig å vite. I tillegg vil de antakelig forsøke å presisere at terskelen for ansvar er lavere nå enn ved det ordinære uaktsomhetsansvaret.

Videre ser man at dersom man sammenlikner begrepsbruken i paragrafens bokstav a mot resten av paragrafen, er det tydelig at i bokstav b, c og d har lovgiver valgt et klart objektivt ansvar. Dersom dette hadde vært formålet også med bokstav a, ville de antakelig valgt begreper som gjorde dette klart også her.

Det førte forøvrig neppe til noen reell forandring i tolkningen av rettsregelen i praksis at man fjernet ordet ”feil” fra lovteksten. Selv om man taler om en feil, er det ikke nødvendigvis slik å forstå at begrepet innebærer en subjektiv uaktsomhetsvurdering. Sviktbegrepet vil likevel fange opp feilvurderingen.⁶⁰ Under pasientbehandling er ønsket å unngå svikt. ”Svikt” gir ikke noen andre føringer enn begrepet ”feil” gjør. Feil kan skje selv om ingen spesifikke bærer skylden for det.⁶¹

⁵⁹ Se punkt 3.2 s. 17.

⁶⁰ Se Jørstad, Tidsskrift for erstatningsrett 2004 2/3.

⁶¹ Støttes i teorien av Peter Lødrup, Lærebok for erstatningsrett, 5 utgave 2005 s. 209.

Under lovarbeidets høringsrunde var de fleste høringsinstansene enige om at å etablere et rent objektivt ansvar var å gå for langt. Forbrukerrådet på sin side tolker lovforslaget dit hen at det ikke går langt nok i å statuere objektivt ansvar. De anfører at helsevesenet er det offentliges ansvar fullt ut. I følge Forbrukerrådet er staten nærmest til å bære risikoen, og staten er ansvarlig for å gjøre det som kan gjøres for å unngå skader på pasientene. Imidlertid ser også Forbrukerrådet at det må finnes en grense for hvor langt ansvaret skal gå, så heller ikke de ønsker et ansvar som er et rent resultatansvar. Forbrukerrådet gir ingen svar på hvor denne grensen eventuelt skal gå.⁶²

En versjon av det objektive ansvaret er arbeidsgiveransvaret. Dersom en lege eller annen helsepersonell har vært uaktsomme kan ansvarsgrunnlaget etter ordinær erstatningsrett bli arbeidsgiveransvar etter skl. kap. 2.

Arbeidsgiveransvaret ble før pasientskadeloven ofte brukt i praksis, og staten som sykehuseier er eksempel på saksøkt i slike saker. Dette er et objektivt ansvar for arbeidsgiver, men det kreves at arbeidstaker har vært uaktsom.

Derimot dekker også arbeidsgiveransvaret anonyme feil. Dette vil til en viss grad være likt ansvaret etter sviktvurderingen, som heller ikke krever skyld fra en enkelt arbeider.

Videre er det slik at begge ansvarsgrunnlagene krever at det legges vekt på "de krav skadelidte med rimelighet kunne stille til virksomheten eller tjenesten".⁶³

Imidlertid er departementet klar på at ansvarsgrunnlaget i pasientskadeloven i forholdt til arbeidsgiveransvaret er ment å styrkes ytterligere.⁶⁴ Terskelen for å få erstatning skal altså være lavere etter sviktvurderingen enn etter arbeidsgiveransvaret.

Det er også noen mer praktiske forskjeller på disse to ansvarsgrunnlagene. Dette går ikke direkte på forståelsen av innholdet i sviktvurderingen, men jeg velger likevel å ta de med da de sier noe om hvorfor ansvarsgrunnlaget svikt ved ytelsen av helsehjelp er mer anvendelig i praksis enn arbeidsgiveransvaret.

⁶² Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 60.

⁶³ Jf. skl. § 2-1 nr. 1 og passkl. § 2 (2) første punktum.

⁶⁴ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64.

Det hender man har situasjoner hvor flere arbeidstakere hver for seg har handlet på en måte som ikke er uaktsom, men som likevel fører med seg skade. I slike situasjoner har hver enkelt handling sett i sammenheng, ført til en skade som igjen medfører et økonomisk tap for pasienten. Slike kumulative feil dekkes av både arbeidsgiveransvaret og ansvaret etter sviktvurderingen.

Imidlertid fører arbeidsgiveransvaret til at man ved kumulative feil begått av to eller flere personer med ulike arbeidsgivere, må rette kravet mot begge arbeidsgivere som har bidratt til skaden.

Som eksempel kan tenkes at to leger fra to forskjellige private helseforetak samarbeider om behandlingen av en pasient. Begge legene gjør noe som hver for seg ikke fører til skade, men som til sammen gir pasienten en skadefølge. Etter ordinært arbeidsgiveransvar måtte pasienten dratt begge arbeidsgivere for retten. Prosessen er mye lettere etter pasientskadeloven. Også etter pasientskadeloven vil anonyme og kumulative feil fanges opp. I tillegg vil det etter pasientskadereglene kun være ett ansvarssubjekt, nemlig NPE. Veien mot en avgjørelse blir da enklere og billigere igjennom NPE som tvisteløser, enn om man går veien om domstolene.

Videre har det vist seg at NPE har lettere for å finne alle fakta i saken enn domstolene har.⁶⁵ En mer skjerpende regel i pasientskadeloven skaper derfor bedre rettssikkerhet, og en enklere vei mot en avgjørelse for pasienten.

5.2 Anvendelse av sviktbegrepet i praksis

Det er overfor gjort klart at svikt som ansvarsgrunnlag er et objektivt uaktsomhetsansvar. Videre er det vist at terskelen for ansvar ikke er så lav at svikt som ansvarsgrunnlag kan regnes som et resultatansvar. Spørsmålet blir da hvor denne terskelen ligger eller bør ligge mer konkret, og hvilke faktorer som skal være med i en drøftelse av om svikt ved ytelsen av helsehjelp foreligger.

⁶⁵ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64.

Vurderingen av hvor terskelen for passrl. § 2 (1) bokstav a skal ligge, må gjøres i sammenheng med passkl. § 2 (2) første punktum. Etter andre ledd første punktum skal det i vurderingen ”tas hensyn til det krav som skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet er tilsidesatt”.

Paragrafen uttrykker momenter som skal vurderes når man drøfter om ansvarsgrunnlag foreligger. Momentene har særlig betydning for sviktvurderingen i § 2 (1) bokstav a, og er til hjelp for å forstå hvor langt dette ansvarsgrunnlaget rekker.

Denne paragrafen er tilnærmet lik regelen om arbeidsgiveransvarets uaktsomhetsvurdering i skl, § 2-1, forurensningsloven § 55⁶⁶ og produktansvarsloven § 2-1⁶⁷.

Passkl. § 2 (2) kaste lys over hvor objektivisert ansvaret etter sviktregelen skal være, og sier noe om hvordan sviktbegrepet skal forstås. Poenget med paragrafen er å få frem at det er skadelidtes rimelige forventninger til helsevesenet som er av betydning, og ikke helsepersonellens konkrete handlemåte. Departementet er klare på at utgangspunktet her er en objektiv forventning til virksomheten eller tjenesten. De er tydelige på at skadelidtes spesielle forventninger ut fra hva legene har lovet eller garantert, ikke er av betydning.⁶⁸

Man vil her måtte spørre seg hva en pasient i denne situasjonen på generelt grunnlag kan forvente? Dette er altså relativt, og avhenger av tid, sted og i hvilken situasjon hjelpen ytes i. En behandling på et feltsykehus i et krigsområde må vurderes annerledes enn en behandling på et av de store norske sykehusene. Videre vil kravet til at vilkåret om ”svikt ved ytelsen av helsehjelp” er oppfylt være sterkere dersom en lege yter førstehjelp på stedet etter en trafikkulykke, enn om han gjennomfører behandlingen på sykehuset.

Et eksempel på denne relativiteten er høyesteretts avgjørelse gjengitt i Rt.2005.1050. Denne saken gjaldt en pasient som på grunn av uoppdaget svangerskapsforgiftning fikk et barn med blant annet cerebral parese. Pasienten mener hjemmebesøkende jordmor burde ha oppdaget at hun hadde svangerskapsforgiftning. Dette fikk hun ikke medhold i, da jordmor på

⁶⁶ Lov om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven) av 13. mars 1981 nr. 6.

⁶⁷ Lov om produktansvar av 23. desember 1988 nr. 104.

⁶⁸ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 90.

hjemmebesøket hadde gjort det hun kunne med de ressurser og muligheter hun hadde der og da. Pasienten kunne ikke forvente noe annen oppfølging enn det hun fikk.

Den vurderingen som ble gjort i den nevnte høyesterettsavgjørelsen er lik den objektive vurderingen som foretas ved uaktsomhetsvurderingen. Denne saken gjaldt ikke passkl. § 2 (2) direkte, men kan likevel fortelle oss noe om rettstilstanden når det gjelder det relative momentet sviktvurderingen har.

Det må bemerkes at man ikke kan avskrive de subjektive forventningene i alle former. Dersom pasientens samtykke til helsehjelp bygger på informasjon som gav særlige forventninger til behandlingen, må dette tas i betraktning. Men da som et moment i vurderingen av om det foreligger korrekt informert samtykke. Manglende samtykke kan alene oppfylle vilkåret om ”svikt ved ytelsen av helsehjelp”.⁶⁹

I forarbeidene uttales det direkte at selv om ansvaret for pasientskader skjerpes, så skal man i den objektive uaktsomhetsvurderingen vurdere helsepersonellens handlinger opp mot hva som er vanlig god praksis på vedkommende område for denne yrkesgruppen.⁷⁰

Det ordinære uaktsomhetsansvaret er også blitt praktisert på denne måten. For pasientskader kan denne vurderingen i dag hjemles under passkl. § 2 (2) første punktum, men det vil også følge av rettspraksis.

I en høyesterettsdom gjengitt i Rt1978.482 fikk en pasient ikke medhold i erstatningssaken hun anla mot sykehuset. Pasienten hadde brystkreft, og sårskader hadde oppstått etter røntgenbehandlingen. Hun mente sårskadene måtte komme av feil sykehuset hadde gjort, og holdt sykehuset erstatningsmessig ansvarlig. Retten la til grunn at sykehuset brukte den behandling som på det tidspunkt behandlingen foregikk, var den anerkjente beste metoden. God praksis var følgelig fulgt.

Førstvoterende dommer Egil Andresen uttalte:

⁶⁹ For mer om manglende samtykke, se punkt 5.2 s. 35.

⁷⁰ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64.

”som nevnt er det her vanskelig kontrollerbare forhold eller skjønnsmessige vurderinger hvor man ikke kan tale om feil. Hertil kommer at ikke enhver menneskelig svikt som måtte forekomme under arbeidet med å helbrede sykdommer vil overstige den terskel hvor ansvar for uaktsomhet er på sin plass. En viss margin må det være for uhell hvor et dyktig og ansvarsbevisst personale gjør sitt beste, selv om det senere kan påvises at behandlingen ikke objektivt sett skulle ha vært gjennomført som skjedd. Særlig må dette gjelde hvor behandlingen i noen grad beror på utøvelse av et skjønn”.

Han konkluderer så med:

”Jeg er således kommet til at skaden ikke kan tilskrives behandlingsfeil av den art som sykehuset kan gjøres ansvarlig for etter skyldregelen”.

Behandlingen må altså ikke å være optimal.⁷¹ Uaktsomhet utløses når pasienten ikke har fått behandling etter hva vanlig god praksis tilsier. Etter dommens avsigelse er imidlertid aktsomhetskravet skjerpet ytterligere med innføring av den nye loven og sviktregelen. Likevel må høyesteretts uttalelser sies å til en viss grad representere også de krav som stilles ved en skjerpet aktsomhetsnorm.⁷² Denne dommen viser at feil kan skje når man har så små marginer, men at ikke enhver slik feil kan føre til erstatningsansvar.

Når man drøfter om valgene helsepersonellet tok var god praksis eller om det oppfyller vilkåret om svikt ved ytelsen av helsehjelp, skal man vurdere ut i fra den informasjonen helsepersonellet hadde da det tok avgjørelsen. Det kan være informasjon om pasienten som de ikke hadde grunn for å vite, ville ført helsepersonellet inn på et annet valg. Det kan være det er kommet ny legevitenskap som hadde gjort valgene annerledes. Disse tingene er ikke av betydning dersom helsepersonellet har tatt en god avgjørelse ut i fra den informasjonen de hadde på det tidspunktet avgjørelsen ble tatt.⁷³ Hva ville en vanlig god lege objektivt gjort med den informasjonen han hadde?

⁷¹ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64. Mer om dette i punkt 5.2 s. 35.

⁷² Dette støttes i teorien av Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 5. utgave 2005, s. 112.

⁷³ Det er ikke her tale om muligheten for å bli ansvarsfri på bakgrunn av subjektive unnskyldningsgrunner. Dette gjelder den objektive vurderingen.

Når man vurderer hva som er god praksis, skal man ikke vurdere opp i mot hva en spesialist på området ville ha gjort. En slik vurderingsstandard har de andre nordiske land.⁷⁴

Departementet mener en slik regel umulig kan virke skadeforebyggende. Dette fordi legene vil gjøre feil som er umulig å unngå. Enhver lege kan neppe kunne være like god på alle områder, og feil vil skje. Av denne grunn ble en slik regel ikke aktuell.

Imidlertid kan det være ”svikt ved ytelsen av helsehjelp” dersom en lege unngår å henvise til spesialist, og heller gjennomfører en diagnostisering eller behandling han ikke er kvalifisert til.⁷⁵ Dersom en pasient kommer til sin fastlege med et vanskelig og komplisert problem med et øye, bør pasienten henvises til en spesialist på øyesykdommer eller en øyelege. Hvis pasientens fastlege diagnostiserer og behandler dette selv, og pasienten ender opp med skade, vil NPE kunne bli ansvarlige for dette. Dette indikerer nok en gang at vurderingen skal gjøres objektivt i forholdt til hva som er god anerkjent praksis i vedkommende yrkesgruppe. Dersom man vurderer legens handling opp i mot hva en spesialist ville ha gjort, ville vurderingen bli mer resultatorientert. En vanlig lege vil ikke ha den samme kunnskapen om ethvert medisinsk felt som en spesialist på feltet, flere feil vil skje, og mange flere pasientskadesaker ville da ha endt med erstatning.

Det bør bemerkes at ved vurderingen av om vanlig god praksis er fulgt, er det her tale om vanlig *god* praksis. Selv om noe er fast praksis trenger det ikke være god praksis. Dersom man bruker eksemplet med et sykehus sine rutiner, vil man kunne se at noen rutiner utvikler seg over tid, uten at de nødvendigvis er så veldig gjennomtenkte. Denne rutinen trenger ikke å være god, og om den fører til skade ved en behandling kan den føre med seg erstatningsansvar.

Justisdepartementet ønsket en regel i sviktregelen som var lik § 2 og § 3 i de midlertidige reglene.⁷⁶

⁷⁴ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64.

⁷⁵ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64.

⁷⁶ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 63.

§ 2 i de midlertidige reglene var en objektiv regel, men med så mange unntak i § 3 at det objektive aspektet ble begrenset. Departementet valgte i stedet i den nye loven å beskrive lovens § 2 (1) bokstav a for en skjerpelse av uaktsomhetsansvaret.⁷⁷

Selv om de ønsket en videreføring av rettstilstanden som forelå etter de midlertidige reglene, valgte de å gå bort fra den retts tekniske ordningen med et objektivt ansvar som utgangspunkt.

Uttrykket ”feil eller svikt” ligger ifølge departementet nært bruken av ”adekvat” i de midlertidige reglene. For å få bedre forståelse av sviktbegrepets rekkevidde, vil jeg nå befatte en drøftelse av adekvatvurderingen.

Etter de midlertidige reglenes § 3 bokstav d og e har pasienten ikke krav på erstatning når behandling og diagnostisering er adekvat. Dette er altså en svært viktig unntaksbestemmelse fra reglenes § 2 som statuerte et objektivt ansvar. Dersom man setter forarbeidenes uttalelser om at sviktvurderingen skal være nær adekvatvurderingen, opp mot dagens lovtekst, ser man at der det tidligere ble statuerte at behandlingen ikke var adekvat, vil det etter dagens regel normalt foreligge en svikt.

Etter ordlyden vil man tolke § 3 d og e i de midlertidige reglene som et strengere ansvar enn det ordinære uaktsomhetsansvaret. I et notat laget av arbeidsgruppen som utarbeidet disse reglene ble det beskrevet at det skal anvendes en faglig norm som er strengere enn en vanlig uaktsomhetsvurdering.⁷⁸ Etter arbeidsgruppens uttalelse vil en ordinær uaktsomhetsvurdering gå på å vurdere forsvarligheten av handlingen. Adekvatvurderingen skal vurderes strengere.

Helsepersonell har en viktig jobb, med mulige enorme konsekvenser dersom man gjør feil. Det tyder på at det skulle mindre til før man sa at en lege var ansvarlig etter de midlertidige reglene enn ellers. Dette samsvarer med hva jeg har kommet frem til tidligere i avhandlingen.

Pasientskadenemnda beskriver en adekvat diagnostisering eller behandling som noe som skjer etter medisinsk faglig korrekthet. Dette gjelder både den metode som er valgt, teknikken og utførelsen. Imidlertid sier de videre:

⁷⁷ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64.

⁷⁸ Se NOU 1992: 6 pkt. 4.4.2.

”Det er viktig å være klar over at under behandling av pasienter, kan skade/komplikasjon inntreffe selv om behandlingen har vært riktig på alle områder. Det er i realiteten disse skadesituasjoner som er tenkt unndratt fra ansvaret gjennom begrensningsregelen i § 3 d.”⁷⁹

Denne uttalelsen viser oss at lista for ansvar er svært lav, men det skal likevel være en mulighet til å slippe ansvar dersom alt er gjort så korrekt som mulig.

Et eksempel på en adekvat behandling vil være dersom legene vil fjerne en polypp på tarmen. Legene gjør alt riktig og polyppen blir fjernet. Likevel blir tarmen perforert. Det betyr at det oppstår et hull i tarmen. Dette kan skje, selv om legene gjør alt riktig. Det er også innenfor en akseptabel skaderisiko, og behandlingen er følgelig adekvat.

I en undersøkelse av rettspraksis viste det at forståelsen av begrepet ”adekvat” ble tilnærmet lik domstolenes forståelse av det ordinære uaktsomhetsansvaret.⁸⁰ Departementet gjennomførte undersøkelsen i samarbeid med NPE og resultatet bekreftet at det var liten påviselig forskjell mellom domstolenes bruk av uaktsomhetsansvaret og forståelsen av ”adekvat” behandling etter de midlertidige reglene. Likevel ville antakelig noen flere få erstatning etter de midlertidige reglenes § 2 jf 3 d og e, enn av det ordinære uaktsomhetsansvaret, men forskjellen var ikke veldig stor.⁸¹ Når det gjelder den omtalte undersøkelsen har jeg imidlertid fått informasjon om at NPE ikke er enige i resultatet. De mener det er klart at flere vil få erstatning etter sviktvurderingen enn etter det ordinære uaktsomhetsansvaret.⁸²

Dersom utviklingen av adekvatvurderingen i praksis er slik som undersøkelsens resultat mener å vise, kan mulig noe av det forklares med at ansvarsgrunnlaget i pasientskadesaker ført for ordinære domstoler ofte er arbeidsgiveransvar. Her er det som tidligere vist ikke det samme kravet til aktsomhetsvurderingen. Det kreves ikke at en har påvist skyld hos en spesiell person, og i tillegg kan kumulative feil føre til ansvar.

⁷⁹ http://www.pasientskadenemnda.no/dette_sier_loven/Omtale-av-de-midlertidige-reglene/

⁸⁰ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 18.

⁸¹ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 18.

⁸² Jf. Tore Grøthold, seniorrådgiver i NPE.

Imidlertid uttaler departementet under arbeidet mot den nye loven og dens sviktregel, at ansvaret i sviktvurderingen skjerpes ytterligere i forhold til arbeidsgiveransvaret.⁸³ En slik skjerpelse må sies å være lovgivers ønske, og uttrykkes igjennom ordlyden.

Som eksempel på en sak hvor pasientens etterlatte og motpart var uenige i adekvatvurderingen kan det vises til en sak fra Gulating lagmannsrett.⁸⁴ De etterlattes advokat anførte at det forelå svikt ved ytelsen av helsehjelp etter passkl. § 2 (1) bokstav a. I vurderingen viste retten til de midlertidige reglenes adekvatvurdering.

Saken gjaldt en førstegangsfødende kvinne på 41 år. Hun hadde i svangerskapet vært plaget med vann i kroppen og høyt blodtrykk. 28. august 2006 ble fødselen satt i gang grunnet stigende blodtrykk og økte proteiner i urinen. Legemiddelet Cytotec ble gitt vaginalt, og etter den tredje dosen fikk pasienten pusteproblemer. Hun ble kjørt til intensivavdelingen, hvor barnet ble forløst med keisersnitt. Barnet var velskapt, men pasienten døde kort tid etter.

Lagmannsretten viser i sin vurdering til at sviktbegrepet skal ligge nært opp til adekvatvurderingen i de midlertidige reglene. Retten sier på bakgrunn av dette at man må vurdere om behandlingen var medisinsk faglig korrekt og innenfor det som er vandlig god praksis på vedkommende felt. For at det skal være inadekvat behandling, og følgelig svikt ved ytelsen av helsehjelp, må det foreligge et avvik fra forsvarlig behandlingsnorm. I denne saken kom retten til at behandlingen var adekvat, og det forelå ikke vikt ved ytelsen av helsehjelp. Legene hadde gjort det som er vanlig i slike situasjoner, men resultatet ble dessverre svært tragisk og uventet. I denne saken var nemnda og lagmannsretten enige i at behandlingen var adekvat, og de var på bakgrunn av adekvatvurderingen enig i at vilkåret om svikt ved ytelsen av helsehjelp ikke var oppfylt.⁸⁵

I enkelte saker etter de midlertidige reglene valgte nemnda å vurdere om pasienten ikke bare hadde fått adekvat behandling, men også om han hadde fått ”optimal behandling”. Dette gir en videre beskyttelse for pasienten. Men departementet anfører under arbeidet til den nye loven at ”optimal behandling” må forstås slik at det fører til et strengere ansvar enn ”feil eller

⁸³ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64.

⁸⁴ LG-2009-175352

⁸⁵ Se punkt 5.2 s. 38 følgende. Her blir det vist til pasientskadesaker hvor forståelsen av begrepet ”svikt” tilsynelatende er ulik.

svikt”.⁸⁶ Optimal behandling vil etter ordlyden forekomme når behandlingen er perfekt. Leger er mennesker, og mennesker har svakheter. Man trenger ikke nødvendigvis tale om feil, men av og til foreligger ørsmå marginer som fører til at et resultat ikke blir som ønsket. I tillegg har man det faktum at mangel på ressurser kan skape problemer med å oppnå optimal behandling, uten at dette skal føre til erstatningsansvar.⁸⁷

Det er sikker rett at vilkåret om svikt i ytelsen av helsehjelp er oppfylt dersom pasienten ikke har gitt et informert samtykke til behandling. Dette uttales eksplisitt når det gjelder muligheten for erstatning etter passkl. § 2 (3) siste punktum. Men mangel på informert samtykke vil også kunne oppfylle vilkåret om svikt ved ytelsen av helsehjelp.

Etter pasientrettighetsloven § 3-2⁸⁸ har en pasient krav på informasjon som er ”nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen”. Videre beskriver pasl. § 4-1 at helsehjelp i utgangspunktet kun kan gjennomføres med informert samtykke.

1/4 av alle klager til NPE nevner mangelfull informasjon som et moment i klagen, så dette er uten tvil noe som helsevesenet bør bli mer bevisste på.⁸⁹ Det er imidlertid særlig to spørsmål som skaper problemer her.

Det ene er spørsmålet om hvor langt helsevesenet skal gå i å informere om mulige skader ved en behandling. Enkelte følger er det ekstremt liten risiko for at forekommer. Pasienten kan skremmes fra å gjennomføre behandlingen dersom man opplyser om ekstremt sjeldne, men svært alvorlige følger. Den generelle enighet er at man informerer pasienten om de følger man anser som *reelle*.⁹⁰

Man skal videre vurdere risikoen for en slik følge, opp i mot alvoret i pasientens sykdom. Dersom pasienten desperat trenger denne behandlingen for å overleve, vil det i de fleste tilfeller være riktig å gjennomføre behandlingen selv om det finnes en minimal risiko for en stor og negativ skadefølge. I slike tilfeller kan det også være riktig å ikke opplyse om de skadefølger det er minimal risiko for.

⁸⁶ Se Ot.prp.nr.31 (1998-1999) s. 64.

⁸⁷ Se punkt 5.2 s. 44 vedrørende ressursproblematikken.

⁸⁸ Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999 nr 63. Heretter beskrevet som pasientrettighetsloven eller ved lovens forkortelse passrl.

⁸⁹ Se Innst.O.nr.68 (2000-2001) punkt 2.2, merknader til § 2.

⁹⁰ Se Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 5 utgave 2005 s. 213.

Det andre problemområdet gjelder årsakssammenhengen. Dersom man har en sak hvor man har gjennomført en behandling med skade til følge, og pasienten mener seg for lite informert, kan man vurdere om pasienten likevel ville gitt samtykke dersom han visste alt. Dersom man vurderer det dit hen at pasienten ville gitt samtykke, vil ikke vilkåret om årsakssammenheng være oppfylt.

I en dom gjengitt i Rt.1998.1538 med populærdom ”Cauda equina-dommen” la høyesterett dette til grunn. Retten kom i denne saken til at pasienten ville ha samtykket også dersom all informasjon var fremkommet ved avgjørelsestidspunktet. Denne pasienten ble operert for ryggproblemer, men endte etter operasjonen opp med flere skader, blant annet nedsatt seksuallfunksjon. Høyesterett var enig med pasienten i at han ikke hadde fått god nok informasjon om risiko og eventuell skadefølge. Imidlertid kom de frem til at pasienten likevel ville ha samtykket dersom han hadde hatt all informasjon tilgjengelig ved avgjørelsestidspunktet.

Dette fremmer imidlertid et ytterligere problem. Pasientrettighetslovens § 4 er et lovlighetsvilkår. Dersom dommens prinsipper fortsatt står seg, betyr dette at et ulovlig samtykke etter pasientrettighetsloven § 4, likevel ikke sanksjonerer erstatningsmessig, dersom retten kommer til at pasienten hypotetisk sett likevel ville samtykket. Det gir samtykket som et viktig vilkår for behandling mindre legitimitet, dersom man likevel i ettertid kan gå inn å synse i hva pasienten hypotetisk sett ville ha gjort.

Videre kan det vises til en dom av Borgarting lagmannsrett.⁹¹ En kvinne på 50 år måtte ha en hofteoperasjon. I forbindelse med operasjonen ble hun påført en nerveskade. Hun mente hun hadde fått for lite informasjon, og at hennes samtykke var preget av det. Hun anførte at mangel på informasjon om en mulig slik skade var svikt ved ytelsen av helsehjelp etter passkl. § 2 (1) bokstav a. Lagmannsretten gav henne medhold i at hun hadde fått for dårlig informasjon om muligheten for en slik skade. Imidlertid fant retten at pasienten ville latt seg operere selv om hun hadde mottatt god nok informasjon om risikoen. Følgelig var ikke vilkåret om årsakssammenheng oppfylt, og dermed var heller ikke vilkåret om svikt oppfylt. Pasienten fikk ikke medhold i erstatningskravet.

⁹¹ LB-2007-16311

Når det gjelder bevisvurderingen i forhold til om en pasient hypotetisk sett ville samtykket med riktig og god nok informasjon, så er kravene til sannsynliggjøring lav.

I den tidligere omtalte dommen med populærnavnet ”Cauda aquina-dommen”⁹² sa høyesterett dette om kravet til sannsynlighet:

”I denne situasjonen bør det etter min mening ikke stilles strenge krav til sannsynliggjøring av at han med tilstrekkelig informasjon ville valgt ikke å la seg operere”.

Denne dommen ble avsagt etter de midlertidige reglene, men det må antas at de samme krav stilles til et hypotetisk samtykke også etter den nåværende pasientskadeloven.

Det må bemerkes at selv om samtykke synes å være informert, og således være et gyldig samtykke, har man ikke mistet all rett til erstatning dersom en av følgene av behandlingen er en skade. Samtykket gjelder selve behandlingen, men svikt ved ytelsen av helsehjelp kan selvfølgelig forekomme på annet grunnlag.

Når det gjelder NPEs praksis vedrørende sviktvurderingen, kan den oppsummeres med et sitat som gjennomgående går igjen i deres avgjørelser:

”Med svikt menes at behandlingen ikke har vært i tråd med gjeldende medisinskfaglige retningslinjer og prinsipper på behandlingstiden. Det er behandlingen, ikke sluttresultatet, som er gjenstand for vurdering”.⁹³

Det er vanskelig å tolke så mye ut av disse setningene, men det synes som om NPE setter lista for ansvar noe høyere enn hva domstolene gjør og hva lovgiver etter hva jeg kan forstå har ment.

⁹² Rt.1998.1538

⁹³ PSN-2008-919, PSN-2008-795, PSN-2008-697, PSN-2008-934.

Dersom man sammenligner NPEs praksis med domstolenes nyere praksis vil man også her se at domstolene virker å anvende en mer objektivisert regel enn NPE. Dog som vist, ikke så objektivisert som et resultatansvar.

Et interessant eksempel er en sak fra Borgarting Lagmannsrett.⁹⁴ Saken gjaldt en mann som hadde hatt ryggproblemer i lang tid. Han ble operert for prolaps i januar 2000, og ble da bedre. Imidlertid ble pasienten etter en tid verre igjen, og måtte ha en ny operasjon i 2004. Denne operasjonen hadde et negativt utfall. Pasienten ble lam i begge bena, og fikk lammelser i blære og tarm. NPE ble frifunnet i tingretten, men lagmannsretten var uenig. Borgarting lagmannsrett viste til uttalelsene i forarbeidene om at:

”noe har skjedd, som ikke burde ha skjedd i forhold til aktuelle faglige normer”.

Deres sakkyndige professor Lundar uttaler at:

«operasjonen synes å ha vært gjennomført etter normale retningslinjer».

Imidlertid sier han samtidig at det:

«helt opplagt må ha skjedd en eller annen form for feil eller svikt under operasjonen».

Den siste uttalelsen ble tillagt som en ekstra uttalelse i lagmannsrettssaken, og var ikke en del av bevisene i tingretten.

Bakgrunnen for Lundars oppfatning vedrørende dette, var at pasienten hadde hatt et blodtrykksfall under operasjonen. Dette indikerte at *noe* skjedde, men han kan ikke ut fra dette se *hva* som skjedde. Lagmannsretten mente på bakgrunn av professor Lundars sist nevnte uttalelse, at noe har skjedde som ikke burde ha skjedd, og valgte derfor å gi pasienten medhold. Retten uttaler:

⁹⁴ LB-2008-102426.

”Lagmannsretten finner, i motsetning til tingretten, bevist at det må ha skjedd en svikt under operasjonen sett i forhold til de faglige normer som man med rimelighet kunne stille til virksomheten.”

NPE var uenig i denne forståelsen av rettsregelen. De anfører:

”Det at det oppstår komplikasjoner, betyr ikke at det foreligger svikt. Det retten må vurdere er om behandlingen som er utført har vært i samsvar med vanlig god praksis i vedkommende yrkesgruppe”.

Retten valgte imidlertid å gi pasienten medhold på bakgrunn av at noe må ha skjedd under operasjonen. Det kan synes som om retten her bedømmer på noe som er nært et rent resultatansvar, og at de legger for stor vekt på den sakkyndiges uttalelser.⁹⁵

Lagmannsretten på sin side mener den sakkyndiges uttalelser sammenholdt med den lave terskelen for ansvar som forarbeidene viser til, samlet sett innebærer ansvar for NPE.

Man kan spekulere i om reelle hensyn har blitt tillagt større vekt enn det som fremgår av dommen. Pasientens skader er blitt store, og det føles feil at man skal ende opp med så store problemer etter en operasjon. Kanskje har reelle hensyn spilt en større rolle for retten her enn det anførte i dommen tilsier? Den sakkyndiges tilleggsuttalelse kan her fungere som en utvei til å gi erstatning i en sak hvor man kanskje egentlig var i tvil om jusens vilkår var oppfylt, men hvor hensynet til pasienten tilsa at han burde få erstatning. Alternativt kan passkl. § 3 om uopplarte årsaksforhold ha spilt en rolle uten at dette uttrykkes i dommen. Den uttrykker at skader med uklar årsak, men som sannsynligvis har oppstått med bakgrunn i en ytre påvirkning i forbindelse med behandlingen, normalt skal anses for å fylle vilkåret om svikt i passkl § 2 (1) bokstav a.

I en nylig avsagt lagmannsrettsdom fra Eidsivating Lagmannsrett⁹⁶, gav til forskjell fra NPE, nemnda og tingretten pasienten medhold i at det forelå svikt ved ytelsen av helsehjelp.

⁹⁵ For ytterligere drøftelse av de sakkyndiges rolle ved sviktvurderingen, se punkt 5.3.

⁹⁶ LE-2009-191990. Avsagt 03.09.10

Denne saken gjaldt en 51 år gammel mann som hadde fått symptomer som tilsa kraftig influensa. Pasienten oppsøkte legevakten på Lillehammer 22. juli 2005 etter å ha hatt kulderystelser og høy feber hele dagen. Han ble på legevakten undersøkt av vakthavende lege, som konkluderte med at pasienten hadde influensa og gav han på bakgrunn av det medikamentet tamiflu. På morgenen 24. juli 2005 hadde pasienten blitt blå på kroppen, og ble hentet med ambulanse. På sykehuset ble det konstatert pneumokokkinfeksjon og nyresvikt. Noen dager senere fikk han hjerneblødning, og på bakgrunn av følgende sirkulasjonssvikt fikk han koldbrann i fingre og knær. Dette resulterte i amputasjon av åtte fingre, og amputasjon av begge føttene fra rett under kneet.

Hendelsesforløpet ble meldt til NPE, men med påfølgende avslag. NPE konkluderte med at vakthavende leges diagnostisering og behandling var i samsvar med alminnelige medisinske retningslinjer. Avslaget ble anket til Pasientskadenemnda. Nemnda innhentet uttalelser fra to rådgivende leger, samt kommunelegen. Legene mente det faktum at pasienten fikk det man trodde var influensa på denne årstiden var noe spesiell. Imidlertid, mente de alle at legen har opptrådt i tråd med aksepterte retningslinjer. Dette på bakgrunn av at en slik infeksjon skjer svært sjelden, mens en influensa er noe legene opplever svært ofte. Med begrunnelse i legenes vurdering, gav nemnda medhold i NPEs avslag. I 2009 anla pasienten sak mot Staten ved Pasientskadenemnda. Tingretten gav nemnda medhold, og saken ble så anket til Lagmannsretten. Lagmannsretten uttaler dette om sviktbegrepet i passkl. § 2 (1) bokstav a:

”Hva som ligger i dette er ikke umiddelbart klart, men det er ikke tale om et rent objektivt ansvar. Det fremgår også av at justiskomiteen beholdt § 2 andre ledd som sier at det skal « tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt ».”

Videre sier retten:

”A har bevisbyrden for at vilkårene for erstatning er oppfylt. Selv om det er et objektivisert ansvar, kreves at det foreligger noe irregulært. Legens vurderinger skal bedømmes ut fra de informasjonen som var tilgjengelig da diagnosen ble stilt, og normen er vanlig god praksis på det aktuelle legenivå. Konkret fører dette til at det må konstateres at behandlende lege handlet objektivt feil ut fra de foreliggende opplysninger, eller med andre ord at han burde ha handlet annerledes.”

Rettens flertall konkluderer med at man ut i fra dette kan statuere svikt ved ytelsen i helsehjelp. Årstiden, pasientens egne opplysninger og CRP nivået som indikerte bakteriell infeksjon tilsa at vakthavende lege burde handlet annerledes. Etter en objektiv vurdering fant retten at pasientens behandling på legevakten ikke var i samsvar med faglig anerkjent praksis. Selv om CRP nivået var på et nivå som kunne bety både influensa og en bakteriell infeksjon, så burde legen sjekket dette nærmere når han så CRP nivået i sammenheng med de andre momentene som forelå.⁹⁷

Per dags dato⁹⁸ er den sist avsagte lagmannsrettsavgjørelsen vedrørende sviktbegrepet en dom avsagt ved Borgarting lagmannsrett.⁹⁹

Denne saken gjaldt en gravid kvinne som var innlagt for oppfølging av svangerskapsforgiftning på sykehuset. Kvinnen søkte om permisjon for andre gang på kort tid, og fikk etter å ha fått avslag få dager før dette. Under permisjonen fikk hun smerter i magen, noe som viste seg å være morkakeløsning. Kvinnen kom seg tilbake på sykehuset, og barnet ble forløst med katastrofekeisersnitt. Barnet var livløst da det ble født, men gjenoppliving var vellykket. Imidlertid ble barnet påført hjerneskader og er i dag multihandikaped.

Kvinnen mente det her forelå svikt ved ytelsen av helsehjelp på bakgrunn av to ting. For det første mente hun at hun ikke burde fått innvilget permisjon. For det andre mente hun at hun ikke var informert tilstrekkelig om risiko for morkakeløsning.

Kvinnen fikk ikke medhold hos NPE. Hun påklaget til nemnda, med påfølgende avslag. Saken ble så tatt inn til tingretten, hvor kvinnen fikk medhold. Nemnda anket da til lagmannsretten hvor nemnda fikk medhold.

I sine vurderinger sa retten dette om sviktvurderingen:

⁹⁷ Mindretallet kom til samme konklusjon, men med en annen begrunnelse. De mente det ikke fantes godt nok grunnlag for å bedømme legens handlinger til å være utenfor faglig anerkjent praksis, og de ønsket isteden å gi pasienten erstatning med bakgrunn i passkl. § 2 (3).

⁹⁸ November 2010.

⁹⁹ LB-2010-005844. Avsagt 22.10.10.

”Det kreves ikke at opptreden er subjektivt klanderverdig.”

Videre uttaler de at dette om forholdet til passkl. § 2 (2):

”Dette innebærer at det må foreligge en adferd fra skadevolder som avviker fra den normalforventing som pasienten må kunne stille til virksomheten. Atferden må ha ført til en hendelse som ikke burde ha skjedd ut fra en faglig forsvarlig norm. Man står da juridisk i en situasjon hvor culpaansvarets objektive element er opprettholdt, mens kravet til subjektiv skyld er fjernet.”

Retten kom etter sin vurdering frem til at det ikke forelå svikt ved ytelsen av helsehjelp at permisjonen ble innvilget. Det var vanlig god praksis å innvilge permisjon i disse tilfellene. Begge sakkyndige støttet dette. Dette på tross av at den ene sakkyndige mener barnet kunne vært født friskt dersom mor hadde vært på sykehuset da smertene oppsto.

Videre kom retten til det heller ikke var svikt ved ytelsen av helsehjelp når de valgte å ikke informere om muligheten for morkakesvikt. Retten mente informasjonsplikten må tilpasses situasjonen. Etter en grundig vurdering fant de at sjansen for morkakesvikt for en kvinne i denne pasientens situasjon ville være på ca 1,5 %. Retten kom til at dette ikke var en risiko så stor at unnlatelse av å informere om muligheten kan føre til ansvar. I tillegg kom retten til at pasienten ville tatt permisjonen uansett om hun hadde fått all informasjon.

Retten utsagn i disse tre avgjørelsene trekker klart i retning av et strengt objektivt uaktsomhetsansvar. Terskelen synes å være lav. Likevel sier retten at noe irregulært må ha skjedd for at skaden skal være erstatningsbringende.

Terskelen synes å være satt lavere i den første avgjørelsen, mens man i den andre avgjørelsen kan se at retten gjør en streng objektiv vurdering av om legen burde ha handlet annerledes.

Den nyeste lagmannsrettssaken frikjente nemnda for ansvar. Likevel er ikke dommen et motargument for et strengt ansvar. Den er snarere et argument for at ansvar ikke skal påhvile til enhver pris, spesielt ikke der legene objektivt sett har handlet riktig.

Retten vurderte her alminnelig praksis og kom til at den var fulgt. Det kan ikke forventes at sykehuset nekter permisjon for alle pasienter som har en viss risiko for at noe kan skje mens de er ute av sykehusets vegger. Dette gjelder veldig mange pasienter. I dette tilfellet var sjansen for at noe skulle skje lav, i tillegg var hun nær sykehuset, og hun var hadde fått beskjed om å ta det med ro. Det tjener heller ikke som et argument mot et strengt ansvar at pasienten ikke nådde igjennom med sitt krav om at det forelå informasjonssvikt. Informasjon om morkakesvikt vil heller skremme enn å hjelpe pasienten på noen måte. Det ble også konkludert med at hun uansett ville tatt permisjonen.

En ekstra lav terskel for ansvaret synes å påhvile helsepersonell som ikke følger opp en pasient som står i fare for å skade seg selv.

Her er terskelen svært lav, og tilnærmet et objektivt ansvar. Den tidligere omtalte dommen gjengitt i Rt. 2000.388, hvor en psykiatrisk pasient hoppet ut av et vindu og skadet seg stygt, kan tjene som eksempel.

Retten sier:

”Bedømmelsen av den manglende vindussikringen på As pasientrom må skje på bakgrunn av situasjonen på lukket avdeling ved X Sentralsjukehus. Avdelingen overtar omsorgen for pasienter – tvangsinnlagte og frivillig innlagte – som ikke kan ta vare på seg selv. Risikovurderingen av innretninger på avdelingen må skje i lys av dette”.

Det synes for meg klart at dette ansvaret i dag kan hjemles i sviktvurderingen.¹⁰⁰ Mennesker med sterke psykiske lidelser trenger en ekstra beskyttelse, og terskelen for dagens sviktvurdering vil antakelig settes så lavt i slike tilfeller at ansvar vil påhvile. Det fører til at denne saken i dagens rettssystem etter mitt syn, ville kunne blitt pådømt både som svikt ved ytelsen i helsehjelp etter passkl. § 2 (1) bokstav a, og som teknisk svikt etter passkl. § 2(1) bokstav b.

¹⁰⁰ Støttes i teorien av Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 5 utgave, s. 213.

Etter pasientskadelovens § 2 (2) er det klart at utilstrekkelige ressurser ikke fører til ansvar etter sviktregelen så lenge ressursene har vært fordelt forsvarlig. I tillegg setter loven en viss minstestandard som må være oppfylt. Virksomheten må slik den fremstår holde en forsvarlig standard.¹⁰¹

Imidlertid vil det fortsatt være en vanskelig grense å trekke mellom den ansvarsfrie ressursmangelen og den ansvarsutløsende ressursmangelen. Hva om en pasient får påført en skade på bakgrunn av at sykehuset manglet riktig utstyr til behandlingen? I mange tilfeller kan man nok gå ansvarsfri selv om en slik skade oppstår. Det viktige her blir å vurdere om sykehuset har prioritert riktig og vært aktsom da de valgte å ikke kjøpe inn dette utstyret.¹⁰² Men ressursknapphet kan ikke forsvare at utstyr som ikke er bra nok blir brukt, dersom det finnes bedre alternativer. Ressursknapphet kan heller ikke fritta for ansvar dersom kravet om en forsvarlig minstestandard ikke er overholdt.

Det synes forøvrig rimelig at de offentlige instanser vanskeligere blir tildelt ansvar på bakgrunn av ressursmangel enn de private. Dette fordi de er avhengig av bevilgninger, og vil bare i noen grad kunne regulere ressursbruken selv. Imidlertid har også de muligheter til å regulere de ressursene de har fått tildelt. Dersom den interne fordelingen burde vært gjort annerledes, og dette medfører skade, kan helseforetaket etter loven bli ansvarlig for det. Et ytterligere poeng som tilsier at de offentlige instanser vanskeligere blir ansvarlige, er at de offentlige instanser er serviceinstanser. Deres handlinger er foretatt i serviceøyemed, det vil si i skadelidtes interesse. De offentlige instanser vil ikke ha den egeninteresse i driften som de private har. Deres ønske er å hjelpe samfunnshelsen. Ansvarer vil antakelig være strengere for de private instansene, for eksempel private sykehus. Disse vil også ha fremtredende økonomiske motiver, i tillegg til at pasienten selv i mange tilfeller må betale for hjelpen.

Ofte oppstår det situasjoner hvor behandlingen kan skje på forskjellige måter. Et eksempel kan være en fødsel, hvor valget står mellom en naturlig vaginal fødsel, eller et keisersnitt. Dersom man her velger det utfallet som viser seg å føre med seg skade, vil det da fylle

¹⁰¹ Passkl. § 2 (2) andre punktum punktum sier: "Utilstrekkelige ressurser skal ikke medføre ansvar dersom ressursfordelingen har vært forsvarlig og virksomheten i alminnelighet holder en forsvarlig standard."

¹⁰² En annen sak er at sykehuset antakelig kan bli ansvarlig for ikke å ha henvist pasienten til et annet sykehus som har dette utstyret.

vilkåret om svikt? Dersom legens valg er gjort etter faglige korrekte retningslinjer og faglig god praksis, er antakelig svaret nei.¹⁰³

Et eksempel fra rettspraksis er den tidligere omtalte dommen fra Gulating lagmannsrett¹⁰⁴, hvor lagmannsretten kom til at en medikamentell igangsetting av fødsel i dette tilfellet ikke var svikt ved ytelsen av helsehjelp. Lagmannsretten uttaler her at vurderingen på om det her foreligger svikt ved ytelsen av helsehjelp må vurderes både i forhold til behandlingsmetode og den konkrete gjennomføring av behandlingen. Lagmannsretten mente her at legene hadde handlet etter vanlig god praksis, og tatt et valg som var adekvat.¹⁰⁵ Den sakkyndige uttalte at dersom legene hadde valgt å ta keisersnitt isteden, ville også det valget være god praksis. Her står man overfor to valg som begge synes adekvate, men legene måtte ta et valg.

5.3 Problemer rundt bruken av sakkyndige ved vurderingen av om svikt ved ytelsen av helsehjelp foreligger

Når man skal vurdere om det foreligger svikt ved ytelsen av helsehjelp, vil en som vist måtte vurdere om en helsearbeider har handlet etter god praksis i bransjen.

Behovet for sakkyndige er størst dersom retten ikke er satt med fagkyndige meddommere, men også ellers vil det kunne være behov. Man vil da måtte søke hjelp hos andre i den aktuelle bransjen for å lære hva som er god praksis, og om behandlingen/diagnostiseringen var i tråd med den en vanlig god helsearbeider på det feltet ville ha gjort. I tillegg vil det være behov for sakkyndige for å avklare uklarheter rundt de medisinske beviser og begreper i saken.

Dersom en pasient har fått feil medisin på apoteket, og dette fører til skade, vil det være en fordel for retten å trekke inn en fagkyndig som kjenner bransjen og normene i bransjen godt, for eksempel en farmasøyt. Denne sakkyndige hjelper til med å kartlegge fakta, og med å vurdere om helsearbeideren gjorde det han skulle.

¹⁰³ Se Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 5. utgave 2005 s 211.

¹⁰⁴ LG-2009-175352. For mer utfyllende om dommen, se punkt 5.2 s. 34.

¹⁰⁵ For mer utfyllende om adekvatvurderingen i de midlertidige reglene, se punkt 5.2 s. 32.

I pasientskadesaker vil NPE i første instans som regel rådføre seg med sin egen rådgivende lege. Men av og til vil det være behov for en ekstern vurdering. Da enten istedenfor, eller i tillegg til den rådgivende leges uttalelser. Dette kan for eksempel være nødvendig på grunn av sakens kompleksitet. En rådgivende lege kan ikke være ekspert på alle medisinske felt, og en rapport fra en sakkyndig som er ekspert på det gjeldende område kan være nødvendig. Dersom for eksempel en operasjon fører til en skade på en nerve med påfølgende lammelser, kan det være behov for en uttalelse av en nevrolog.

Det kan også stilles spørsmål om den rådgivende legens habilitet. Det er omdiskutert hvor habil en rådgivende lege som er betalt og på oppdrag for NPE eller nemnda er, og det har tidligere blitt foreslått at alle sakkyndige bør utnevnes av et nøytralt oppnevningsorgan for sakkyndige.¹⁰⁶ Dette har imidlertid ikke skjedd.

De sakkyndige kan ha flere oppdrag, og det er viktig at deres mandat er tydelig. Det kan være behov for sakkyndige for å avklare hva som faktisk skjedde. Disse bidrar til bevisførsel for å klargjøre hendelsesforløpet. Videre kan det være behov for en sakkyndig som omtaler normer i bransjen, begrepsforståelse i bransjen og informasjon om hva som er regnet for å være god faglig standard.

Hva gjelder behovet for sakkyndige uttalte høyesterett i dommen gjengitt i Rt 1998 s. 1565¹⁰⁷:

”I saker med kompliserte og omtvistete medisinske årsaksforhold, sier det seg nærmest selv at det må oppnevnes medisinsk sakkyndige”.

I samme sak sier de videre at:

”rettsoppnevnte sakkyndige vil gjerne med en større grundighet utrede de mer generelle og spesielle medisinske spørsmål saken reiser”.

¹⁰⁶ NOU 2000:23 Kap. 13.10.1.9 følgende.

¹⁰⁷ Dommens populærnavn er ”Anne Lene Lie-dommen”. Anne Lene Lie hadde vært igjennom tre bilpåkjørslar. Denne saken gjelder hennes krav om erstatning for ulykke nummer to. Anne Lene Lie anfører at hun har fått såkalt wiplash. Retten har henne ikke medhold i erstatningskravet.

De sakkyndige skal uttale seg om det medisinskfaglige, deretter er det opp til lovanvenderne å vurdere om de resultater den sakkyndige kommer med innebærer at det foreligger svikt ved ytelsen av helsehjelp. Det er de sakkyndige som er eksperter på medisinen, og juristene som er eksperter på jusen. Medisinerne bidrar med bevis og informasjon om faglige normer, og juristenes oppgave blir å subsumere denne informasjonen opp mot lovteksten.

Imidlertid flyter disse grensene over i hverandre, og man kan spørre seg om ikke de sakkyndige av og til beveger seg vel mye over på jusens område.

For eksempel har det lenge vært diskutert hvor langt medisinene skal gå i å uttale seg om årsakssammenhengen i en erstatningssak. Begrepet årsakssammenheng vil kunne ha forskjellig betydning i medisinsens verdens og i jusens verden. Når en medisin uttaler seg om årsakssammenhengen, vil det kunne være uklart om en jurist ville kommet til samme resultat. En løsning kan være at legen uttale seg om hvor høy han/hun mener *sannsynligheten* er for at skaden kommer av feilbehandling/feildiagnostisering, også får det videre være opp til juristene, på bakgrunn av medisinernes info, å vurdere om årsakssammenheng i juridisk forstand foreligger.

Liknende problemene vil oppstå dersom de sakkyndige begir seg inn på å vurdere andre juridiske termer som for eksempel denne oppgavens tema, nemlig sviktvurderingen. Som eksempel kan vises til en tidligere omtalt lagmannsrettsdom¹⁰⁸ hvor den sakkyndige sa at det:

”helt opplagt må ha skjedd en eller annen form for feil eller svikt under operasjonen”.

I stede for å vurdere *hva* som har skjedd, og om dette var etter normal faglig praksis på dette området, så beveger han seg altså inn på et område som kan forlede domstolene til å tenke at det juridiske vilkåret om svikt er oppfylt. Imidlertid vet man ingenting om den sakkyndige benytter den riktige forståelsen av sviktbegrepet. Tvert i mot tyder mye på at den sakkyndige mer eller mindre har tillagt et tilnærmet objektivt ansvar til sviktvurderingen. Det synes som om den sakkyndige har tatt begrepet for langt. I denne saken ble den sakkyndiges uttalelse tillagt svært stor vekt, og ble tatt inn som en av hovedgrunnene til resultatet.

¹⁰⁸ LB-2008-102426. For mer informasjon om dommen, se punkt 5.2 s. 39 følgende.

I en annen tidligere omtalt lagmannsrettsdom¹⁰⁹ ser man at retten tar mer selvstendige vurderinger. Her var det ikke benyttet utenforstående sakkyndige, men retten hadde uttalelser fra to av nemndas rådgivende leger, samt kommunelegen. Rådgivende lege Øystein Pihlstrøm uttalte om den behandlende legens vurdering:

”hans vurdering av tilstanden synes rimelig”.

Videre sa kommunelege Frode Veian at:

”det ikke er noe i følge journalnotatet som tilsier at det ikke er foretatt en vanlig, forsvarlig undersøkelse i forhold til det problemet pasienten henvendte seg for”.

Retten valgte likevel å ikke avgjøre saken på bakgrunn av hva de rådgivende legene og kommunelegen uttalte. Flertallet mente legen hadde handlet utenfor det som kan regnes som god praksis, og utenfor det man med rimelighet kan forvente når man møter på legevakten med et helseproblem.

Når det gjelder den generelle vekten som skal ilegges en sakkyndigs uttalelse sier høyesterett at de medisinske sakkyndiges vurderinger skal ”stå sentralt”.¹¹⁰ Forståelsen av dette må være at de sakkyndige er viktige, men de trenger ikke nødvendigvis å være avgjørende.

Klargjøringen av faktum som de sakkyndige bidrar med vil retten i de aller fleste tilfeller ikke motsette seg. Her er det klart at den sakkyndige er ekspert, spesielt dersom retten ikke er satt med fagkyndige meddommere. Derimot når det gjelder å sette faktum opp mot sviktbegrepet, vil det som vist overfor kunne være vanskeligere for de sakkyndige å ha en riktig juridisk formening.

I praksis har det i enkelte saker vist seg at medisinene har for strenge beviskrav i forhold til hva juristene mener. Erstatningsretten på generelt grunnlag har lavere beviskrav enn det man ellers vil ha både i jusen og i hverdagen.

¹⁰⁹ LE-2009-191990. For mer informasjon om dommen, se punkt 5.2 s. 40 følgende.

¹¹⁰ Jf. Rt.2007.1370, se dommens premiss 48.

I den tidligere nevnte ”P - Pilledom II”¹¹¹ uttalte høyesterett at naturvitenskapen synes å ha høyere beviskrav enn erstatningsretten. De viser til at man i legevitenskapen pleier å operere med en sannsynlighet på 95 % for å anse at noe er bevist. Høyesterett sier dette kan ha betydning når man vurderer de sakkyndiges uttalelser.¹¹²

Dersom medisinerne da skal uttale seg om de mener det foreligger bevist svikt ved ytelsen av helsehjelp kan de komme på kollisjonskurs med juristene. For eksempel at legene mener det ikke er svikt, mens juristene mener det er det.

I tillegg til dette kan det stilles spørsmålstegn ved medisinerens habilitet når de skal være sakkyndige og vurdere om en kollegas handlinger er svikt ved ytelsen av helsehjelp.

Imidlertid er det uklart hvor mye realitet det er i denne usikkerheten rundt legenes habilitet. Vi har klare eksempler på at legene er klart uenige med sine kollegaer, og uttrykker dette i retten. Eksempel på det har vi i Rt. 1996. 1384, ”Kreftbehandlingsdommen”. Saken gjaldt en mann som hadde kreft. Han var inne for cellegiftbehandling, og fikk cellegiften sprøytet inn i lysken via et kateter. Ved den andre behandlingsdagen slet legen med å finne lårarterien, og måtte stikke flere ganger. Dette medførte at pasienten fikk et hematom, som igjen førte til press på en nerve. Dette resulterte i nerveskade. Før nerveskaden ble oppdaget, tok det flere år og mange undersøkelser og behandlinger for andre diagnoser. De sakkyndige legene rettet stor kritikk mot sine kollegaer, og mente de burde foretatt diverse undersøkelser og behandlinger på et tidligere tidspunkt slik at nerveskaden kunne blitt avdekket tidligere. Imidlertid mente høyesterett at vilkåret om uaktsomhet ikke var oppfylt, og staten som sykehuseier ble frifunnet.

Uansett vil man nok kunne konkludere med at noen leger vil finne det vanskelig å stå opp i mot en annen leges vurderinger. Dette gjør at noen medisiner vil kunne ha større vanskeligheter med å stå for retten å si at en annen lege har gjort noe som han/hun objektivt sett ikke burde ha gjort. Det ville vært enklere dersom legene uttalte seg mer generelt om praksis på området, slik at juristene har forståelsen for dette når de så vurderer om vilkåret om svikt er oppfylt.

¹¹¹ Rt.1992.64

¹¹² Se dommens s. 74.

6 Avsluttende bemerkninger

6.1 Konklusjon

Svikbegrepet i pasientskadelovens § 2 (1) bokstav a fremstår som en hybrid mellom det ordinære uaktsomhetsansvaret og det objektive ansvaret. Den subjektive delen av uaktsomhetsansvaret er ubestridt ubetydelig.

Derimot vil sviktvurderingen være lik den objektive delen av uaktsomhetsansvaret.

Det betyr at når en skade har inntruffet, skal man objektivt vurdere om noe irregulært har skjedd under diagnostisering eller behandlingen. Man vurderer om god faglig praksis er fulgt, og om de rimelige forventninger pasienten hadde til tjenesten er tilsidesatt, jf. passkl. § 2 (2) første punktum.

Når det gjelder spørsmålet om sviktvurderingen da innebærer et rent objektivt ansvar, står det klart for meg at dette kan avvises. Det er ikke forenelig med ordlyden. Det vil føre for langt om man statuerer et rent objektivt ansvar. De økonomiske følgene ville vært store. Man vil spare noen ressurser ved at sakene blir lettere å vurdere, men det må likevel være klart at ikke alle skader som skjer ved ytelse av helsehjelp kan være erstatningsverdige.

Det vil være fravikende fra folk flest sin rettsfølelse om man skulle få erstatning på bakgrunn av et rent resultatansvar. Skader kan komme som følge av situasjoner som av naturens orden ikke er mulig å forebygge. Som eksempel kan nevnes skader som er en nødvendig følge av behandlingen. Disse kan ikke kreves erstattet dersom man legger til grunn at man hadde et informert samtykke til behandlingen.¹¹³

I tillegg vil behandling i helsevesenet alltid inneholde noen risikofaktorer. Risikosituasjoner kan oppstå selv om det ikke foreligger svikt. Skadefølger som ikke kunne vært unngått med forsvarlig diagnostisering og behandling skal ikke erstattes.¹¹⁴ Det kan være anatomiske avvik ved pasientens kropp som legene umulig kunne vite, og som gjør at han ikke responderer som

¹¹³ Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 5 utgave, s. 208.

¹¹⁴ Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 5 utgave, s. 211.

ønsket på behandlingen, og kanskje også får en skade. Paragrafen kan derfor vanskelig sies å harmonere med en behandlingsgaranti. Dette støttes av ordlyden i paragrafen.

Hvor objektivt er da sviktansvaret? Ansvar er styrket i forhold til det ordinære uaktsomhetsansvaret. Det innebærer at flere saker skal resultere i ansvar etter den styrkede objektive uaktsomhetsvurderingen passkl. § 2 (1) bokstav a representerer, enn etter den ordinære objektive uaktsomhetsvurderingen. Dersom man kan konstantere at alminnelig *god* praksis ikke er fulgt, skal det føre til erstatningsansvar for NPE. Listen er lav, men ikke så lav at man har et resultatansvar.

Den nyeste dommen fra Borgarting lagmannsrett¹¹⁵ bekrefter min konklusjon i denne avhandlingen. Jeg vil derfor gjenta to sitater fra dommen.

Retten sier dette om sviktvurderingen og dens forhold til passkl. § 2 (2) første punktum:

”Det kreves ikke at opptreden er subjektivt klanderverdig.”

... ..

”Dette innebærer at det må foreligge en adferd fra skadevolder som avviker fra den normalforventing som pasienten må kunne stille til virksomheten. Atferden må ha ført til en hendelse som ikke burde ha skjedd ut fra en faglig forsvarlig norm. Man står da juridisk i en situasjon hvor culpaansvarets objektive element er opprettholdt, mens kravet til subjektiv skyld er fjernet.”

I mange situasjoner hvor det har oppstått en pasientskade vil det være umulig å vite hvem som har gjort hva, man vet bare at noe har skjedd og skadefølge har forekommet. Disse situasjonene vil sviktvurderingen fange opp. Det kan være situasjoner hvor mange sykepleiere og leger jobber med en pasient under for eksempel en operasjon. Om et fremmedlegeme blir igjen i operasjonssåret og dette fører til infeksjon, så er det klart at noe irregulært har inntruffet. Ingen vil diskutere om dette er en svikt i forhold til hva en pasient kan forvente under en operasjon, og at vanlig god praksis dermed er brutt. Imidlertid kan det være vanskelig å finne ut *hvem* som hadde ansvaret her. Er det den som la for eksempel tampongen

¹¹⁵ LB-2010-005844. Se punkt 5.2 s. 42 følgende for mer informasjon om denne dommen.

i såret uten å ta den opp igjen? Er det den som sydde igjen såret uten å oppdage tampongen? Eller er det den ansvarlige operatøren? Disse spørsmål trenger man ikke finne svaret på etter sviktvurderingen. Så lenge noe irregulært har skjedd, er det unødvendig å finne ut hvem som har gjort det, og eventuelt om denne personen forsto eller burde forstått at tampongen var igjen i såret. Dette gjør pasientskadesakene mindre kostbare, og gir en raskere behandling. I tillegg er det lettere for både pasienten og for legene når fokuset ikke ligger på den subjektive skylden.

Selv om den subjektive skylden er ubetydelig, vil det i mange saker likevel foreligge subjektiv skyld. Og selv om fokus ikke skal legges på den subjektive skylden, vil en lege som har behandlet en pasient med påfølgende pasientskade, bli vurdert til en viss grad. Man må ofte vite hva den behandlende lege har gjort for å kunne sammenligne med vanlig anerkjent praksis. På denne måten vil den konkrete legen være en del av drøftelsen og en eventuell subjektiv skyld *kan* likevel komme frem i lyset. Dette kan være svært ubehagelig for den konkrete lege, men det kan også bidra til å gi prevensjonshensynet mer styrke enn først antatt.

Forøvrig vil det for helsearbeideren sannsynligvis føles omtrent like ubehagelig og dømmende å få konstatert at han/hun ikke opptrådte i strid med anerkjent praksis, som at han/hun har vært uaktsom.

En konsekvens av dette kan være at legene ikke informerer pasienten om muligheten for å fremlegge erstatningskrav. Imidlertid har det vist seg at mange flere saker har nådd NPE etter at man fikk egne regler for pasientskader. Dette skyldes antakelig det sentrale i sviktvurderingen (og den tidligere adekvatvurderingen), nemlig at selv om subjektiv skyld kan foreligge, er ikke subjektiv skyld *nødvendig* for å statuere ansvar. Man slipper at *fokuset* blir liggende på den subjektive delen, man trenger ikke drøfte om subjektiv skyld foreligger, og dersom det er tydelig at subjektiv skyld ligger hos helsearbeideren, trenger man ikke *uttrykke* dette for å få gjennomslag for erstatningskravet.

Videre kan det konkluderes med at bruk av sakkyndige er en nødvendighet i pasientskadesaker. Juristene trenger medisinerens kunnskaper når det gjelder den medisinske delen av saken, både hva gjelder medisinske beviser, samt uttalelser om praksis og ordforståelse på området.

Når det er sagt, så bør det ikke være slik at de sakkyndige er med på å utvikle forståelsen av begreper som sviktbegrepet. De mangler den fingerspitzgefühl juristene har i forhold til hvordan juridiske begreper skal forstås.

De sakkyndige trengs for å uttale seg om bevisene i saken, og for å få klarhet i hendelsesforløpet. Dersom medisinene skal uttale seg om årsakssammenheng, bør de heller konkludere på bakgrunn av graden av sannsynlighet, fremfor å fremlegge en konklusjon på om årsakssammenheng foreligger eller ikke. Når det gjelder sviktbegrepet, bør det være opp til juristene å vurdere om vilkåret er oppfylt. Jeg mener medisinene må gi av sin medisinske kunnskap, sin viten om faglige normer, og sin erfaring om god faglig praksis. Deretter er det opp til juristene å subsumere dette opp mot rettskildene før de konkluderer med om det foreligger svikt ved ytelsen av helsehjelp etter passkl. § 2 (1) bokstav a, eller ikke.

6.2 Veien videre

Det er ingen tvil om at det hersker noe uenighet bland lovanvenderne om hvor langt sviktbegrepet rekker.

Jeg finner det lite forståelig at høyesteretts ankeutvalg mener dette ikke har betydning utover de konkrete sakene. En avklaring fra høyesteretts side ville vært en fordel for alle parter. En fordel for de som i det daglige jobber med pasientskaderett, og ikke minst en fordel for pasientene. Det er skadelidte lovgiver ønsket å gi et bedre vern med den nye loven. En mer enhetlig tolkning av begrepet vil føre til bedre forutberegnelighet, og større rettssikkerhet.

Når det er sagt er ikke mitt inntrykk at uenigheten i realiteten er så veldigs stor. Mye av uenighetene synes å komme av uklar begrepsbruk. Noen prater om et objektivisert ansvar, mens andre prater om en styrket uaktsomhetsregel. Andre igjen prater om den objektive siden av et uaktsomhetsansvar. Når man går inn i de få kildene som finnes, er altså min opplevelse at veldig mange er enige, men at de sier det på forskjellige vis. Også her vil høyesterett gjøre en viktig jobb dersom de skaper enighet om hvordan man omtaler sviktbegrepet. En felles benevnelse på ansvaret vil skape klarhet både i diskusjonen, og i den faktiske bruken av jussen.

7 Referanser

Litteratur

Lødrup 2005	Lødrup, Peter. <i>Lærebok i erstatningsrett</i> . Forlag: Gyldendal Norske Forlag AS. 5. utgave, 1. opplag 2005.
Jørstad 2004	Jørstad, Rolf Gunnar. <i>Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester</i> . Tidsskrift for erstatningsrett nr 2-3 2004. Forlag: Gyldendal Akademisk.
Lous 2009	Lous, Felix. <i>TFE 2009-4 Høyesterett og ankeutvalgets praksis i pasientskadesaker</i> . Tidsskrift for Erstatningsrett nr 4 2009. Forlag: Gyldendal Akademisk.
Rasmussen	Rasmussen, Ørnulf. <i>Pasientskadeloven med kommentarer</i> . Forlag: Gyldendal Rettsdata.

Dommer – Høyesterett

Rt.1948.1111	<i>Trikke-dommen</i>
Rt.1963.161	<i>Pantocain-dommen</i>
Rt.1970.1235	
Rt.1977.780	<i>Kvaal-dommen</i>
Rt.1978.482	<i>Røntgenstråle-dommen</i>
Rt.1985.1011	<i>Hauketo-dommen</i>
Rt.1987.1495	<i>Reitgjerde-dom II</i>
Rt.1989.674	<i>Struma-dommen</i>
Rt.1990.768	<i>HIV-dommen</i>
Rt.1991.1303	<i>Gulvluke-dommen</i>
Rt.1992.64	<i>P- pille-dom II</i>

Rt. 1996.1384	<i>Kreftbehandlings-dommen</i>
Rt. 1998.1538	<i>Cauda aquina-dommen</i>
Rt. 1998. 1565	<i>Anne Lene Lie-dommen</i>
Rt. 1999.203	<i>Steriliserings-dommen</i>
Rt. 2000.388	
Rt. 2003.841	<i>Menerstatnings-dommen</i>
Rt. 2005.1050	
Rt. 2007.1370	<i>Nakkeprolaps-dommen</i>

Beslutning - Høyesteretts ankeutvalg

HR-2009-698-U

Dommer – Lagmannsrett

LB-2007-16311	<i>Borgarting lagmannsrett 31. januar 2008</i>
LB-2008-102426	<i>Borgarting lagmannsrett 07. juli 2009</i>
LE-2009-191990	<i>Eidsivating lagmannsrett 03. september 2009</i>
LG-2009-175352	<i>Gulating lagmannsrett 21. juni 2010</i>
LB-2010-005844	<i>Borgarting lagmannsrett 22.oktober 2010</i>

Dommer- Paientskadenemnda

PSN-2008-697
 PSN-2008-795
 PSN-2008-919
 PSN-2008-934

Norske lover

Forurl.	Lov om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven) av 13. mars 1981 nr. 6
Ftrl.	Lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr 19
Hlspl.	Lov om helsepersonell m.v. av 02. juli 1999 nr. 64
Passkl.	Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999 nr 63
Phvl.	Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 02. juli 1999 nr. 62
Prodansvl.	Lov om produktansvar av 23. desember 1988 nr. 104
Skl.	Lov om skadeerstatning av 13. juni 1969. Nr 26
Voerstl.	Lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. av 20. april 2001 nr. 13.

Offentlige dokumenter

NOU 1992: 6	Erstatning ved pasientskader. Departement: Justis- og politidepartementet.
NOU 2000:23	Forsikringsselskapers innhenting, lagring og bruk av helseopplysninger. Departement: Sosial- og helsedepartementet.
Ot. Prp.nr. 31 (1998-1999)	Om lov om erstatning for pasientskader. Departement: Justis- og politidepartementet.
Ot.prp.nr.103 (2005-2006)	Om lov om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. Departement: Helse- og omsorgsdepartementet.
Innst. O. nr 68 (2000-2001)	Innstilling fra sosialkomiteen om lov om erstatning ved pasientskader mv.

Andre kilder:

Muntlig kilde:

Tore Grøthold, seniorrådgiver i NPE.

E-post, datert 21.09.10.

Sølvi Flåte, rådgiver NPE

E-post, datert 10.11.10

Nettsider:

http://www.pasientskadenemnda.no/dette_sier_loven/Omtale-av-de-midlertidige-reglene/